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

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

Volume 9 – Número 1

Jan / Dez 2018

ISSN 2179-8532

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

MÁRCIO FRANÇA
GOVERNADOR DO ESTADO

PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Procurador-geral do Estado
JUAN FRANCISCO CARPENTER

Procuradora do Estado Chefe do Centro de Estudos
ANNA CÂNDIDA ALVES PINTO SERRANO

PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
CENTRO DE ESTUDOS/ESPGE

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

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

v. 9 • nº 1 • janeiro / dezembro 2018
ISSN 2179-8532

PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
CENTRO DE ESTUDOS/ESPGE

©2018

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

Tiragem: 100 exemplares

Editor Científico / Scientific Editor

Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira

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 Sarmento, 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

Eduardo Augusto Alves Vera-Cruz Pinto, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, 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 Péres, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, Espanha

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

Leo Pepe, Università degli Studi Roma Tre – Sedi Roma, Itália

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

Margarita de Hegedus, Universidad de Montevideo, Montevidéu, Uruguai

Margerete Gresse, University of Washington, Seattle, EUA

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

Maria Helena Diniz, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Nina Beatriz Stocco Ranieri, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Paulo Affonso Leme Machado, Universidade Metodista de Piracicaba, Piracicaba/SP, Brasil

Sueli Dallari, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Corpo Editorial/ Publishers

Arlindo Philippi Junior, Universidade de São Paulo/SP, 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

Fernando Dias Menezes de Almeida, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, 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 de Melo Alexandrino, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

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

José Mauricio 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

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

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

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

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

Secretaria Executiva
Andreluci de Oliveira B. Figueiredo
Daniel Martins da Silva
Deise Aparecida Santiago
Eliane Luz de França
Fábio Parreira dos Santos
Fernando Augusto dos Santos
Paulo Severo dos Santos
Rafael de Lima Nobre
Thiago Blumer Marangone
E-mail*: espge-secretaria@sp.gov.br*

Revisão de Texto
Dante Pascoal Corradini
Heleusa Angélica Teixeira

Projeto Gráfico
Fátima Consales

Editoração
Vanessa Merizzi

Impressão e Acabamento
Imprensa Oficial do Estado S/A – IMESP

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. 9, nº 1 (2018) – São Paulo : Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, Escola Superior, 2018.

Anual.
Textos multilíngues.
Resumos em português e inglês.

ISSN 2179-8532
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)

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

CDD 340.05
CDU 34(051)

ESCOLA SUPERIOR DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCURADOR-GERAL DO ESTADO - 2018

Elival da Silva Ramos (até 5/3/2018)

José Renato Ferreira Pires (até 9/4/2018)

Juan Francisco Carpenter

EQUIPE 2018

Diretoria

Mariângela Sarrubbo Fragata (até 8/5/2018)

Anna Cândida Alves Pinto Serrano

Coordenação

Valter Farid Antonio Jr. (até 6/5/2018)

Marily Diniz do Amaral Chaves

Conselho Curador

2018

Membros Natos

Mariângela Sarrubbo Fragata (Chefe do Centro de Estudos e Diretora da ESPGE) – até 8/5/2018

Valter Farid Antônio Junior (Coordenador-Geral da ESPGE) – até 6/5/2018

Anna Candida Alves Pinto Serrano (Chefe do Centro de Estudos e Diretora da ESPGE)

Marily Diniz do Amaral Chaves (Coordenadora-geral da ESPGE)

EQUIPE DE COORDENADORES E MONITORES

Especialização

Direito & Economia

Coordenadores de Direito & Economia (entrega de TCC em 25/6/2018)

Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, Haroldo Pereira e Thomas Augusto Ferreira de Almeida

Monitores de Direito & Economia

Camila Kühl Pintarelli, Christiane Mina Falsarella, Denis Dela Vedova Gomes, Julia Cara Giovannetti, Michelle Manaia Sanjar, Rafael Carvalho de Fassio

Direito do Estado

Coordenadores de Direito do Estado

Eugenia Cristina Cleto Marolla e Fabio Mauro de Medeiros (AGU)

Monitores de Direito do Estado
André Luiz dos Santos Nakamura, Camila Rocha Cunha Viana, Dimitri Brandi de Abreu (AGU), Julia Maria Plenamente Silva e Rafael Michelsohn (AGU)

Coordenador de Filosofia
Haroldo Pereira

Monitores de Filosofia
Alessandra Obara Soares da Silva e Christianne Mina Falsarella

Extensão

Consensualidade, Consequencialismo e Controle das Decisões

Coordenação
Clarice von Oertzen de Araújo e Marcelo Forli Fortuna

Contabilidade, Orçamento e Finanças Públicas

Coordenação
Carlos Eduardo Teixeira Braga

Direito Ambiental e Aspectos da Regularização Fundiária

Coordenação
Patricia Faga Iglecias Lemos

Funcionários da ESPGE

Andreluci de Oliveira Barbosa Figueiredo, Daniel Martins da Silva, Eliane Luz de França, Fábio Parreira dos Santos, Fernando Augusto dos Santos, Paulo Severo dos Santos, Rafael de Lima Nobre, Thiago Blumer Marangone

SUMÁRIO

Editorial.....13

Direito e Economia

Análise do recurso especial repetitivo nº 1352.721/SP sob a ótica da análise econômica do Direito.....**15**
Hélio Hideki Kobata

Arbitragem e a Administração Pública do estado de São Paulo: **35**
Jéssica Helena Rocha Vieira Couto

Comercialização de energia elétrica de fontes renováveis: breve análise da política governamental de concessão de desconto na Tust e na Tusd após a publicação da Lei nº 12.783/13 .....**59**
Renato Kendi Yamada

Consensualidade ambiental entre órgãos da Administração Pública sob o prisma da eficiência jurídica e econômica **83**
Daniel da Silva Lima

Instrumentos jurídico-econômicos na proteção do patrimônio cultural **117**
Estela Vilela Gonçalves

Consensualidade

A Lei nº 13.655/2018 e o processo legislativo: possíveis diálogos sob a visão do consequencialismo **145**
Marco Antonio Hatem Beneton

Atuação da advocacia pública no controle consensual **169**
Felipe Sordi Macedo

EDITORIAL

É conhecida a lição de Miguel Reale no sentido de que o Direito é experiência social concreta, e não simples abstração de valores sociais, políticos e econômicos[1]. A franca evolução das relações sociais reclama a adequação do ordenamento jurídico, que deve se mostrar apto a propiciar soluções jurídicas adequadas a um dado contexto, apropriando-se de novas realidades.

Dessa volatilidade decorre o caráter dinâmico do Direito como algo em contínuo movimento, assim como a vida em sociedade, realidade que supera os dogmas da completude e coerência do ordenamento jurídico pregados por aqueles que o enxergam como algo organizado como um sistema fechado.

A evolução das relações sociais impõe ao Direito a difícil tarefa de se apropriar da realidade e regulá-la segundo fatos, valores e normas que compõem subsistemas próprios e que se interligam[2]. O sistema normativo é essencialmente dinâmico e deve guardar correlação com os valores e necessidades sociais existentes em um dado momento histórico. Quando harmônicos esses três subsistemas – *fato, valor e norma* – tem-se a isomorfia do Direito. Havendo desarmonia, quebra-se a unidade, de forma a gerar desordem no sistema normativo.

Nesse passo, a ideia de um Estado moderno, eficiente e desburocratizado passa por uma atualizada leitura dos institutos jurídicos existentes, que permita melhor *performance* na execução de políticas públicas e adequada satisfação do interesse público, nas suas concepções primária e secundária. A necessidade de solução eficiente dos conflitos que envolvam o Estado e a máxima extração de proveito econômico do seu patrimônio são desafios que impõem ao operador do direito uma necessária releitura das regras e princípios norteadores da administração pública à luz dos atuais fatos e valores sociais.

Em linha com essa preocupação, a presente obra brinda o público com estudos voltados à redução da litigiosidade pela via da arbitragem e mediação no âmbito da administração pública, temas que, há não muito tempo, seriam inconcebíveis à luz de uma anacrônica visão de indisponibilidade do patrimônio público. Cada vez mais, o emprego de técnicas de composição, agregadas a técnicas de litigiosidade estratégica, ganha corpo e importância na máquina pública, que se apropriou desta nova realidade para a adequada e econômica resolução de seus conflitos.

Traz, também, importante contributo para a Análise Econômica do Direito (AED), com enfoque no emprego do patrimônio estatal na promoção e

---

[1] Miguel Reale, *Filosofia do direito*, São Paulo: Saraiva, 1953, p. 454.

[2] Miguel Reale, *Filosofia do direito*, cit., p. 17.

desenvolvimento da cultura e provisionamento de recursos energéticos. A abordagem é atual e necessária, pois, temas como fomento à inovação tecnológica e exploração do patrimônio imaterial do Estado – a exemplo da atribuição de *naming rights* sobre bens públicos e exploração da propriedade industrial pública – estão na ordem do dia enquanto potenciais mecanismos de incremento de receita pública, máxime em tempos de escassez fiscal. Decerto, a análise da pertinência desses mecanismos reclama uma necessária revisitação dos institutos jurídicos do clássico Direito Público, mas sem descurar dos princípios basilares de seu especial regime jurídico, com destaque à supremacia do interesse público e sua indisponibilidade, sob atualizado enfoque.

Nesse prisma, a atuação da advocacia pública, enquanto função essencial à Justiça, bem como de todos os servidores públicos, é enriquecedora. A experiência concreta vivenciada por esses profissionais, transposta ao ambiente acadêmico, constitui contributo à maior eficiência do Estado diante de novas realidades e, sobretudo, necessidades sociais, por justamente revelar a imprescindível experiência social concreta a ser apropriada pelo Direito.

Com efeito, a tarefa de preenchimento dessas lacunas que, segundo Karl Engisch, correspondem à "incompletude insatisfatória no seio do todo jurídico"[3], conta com valiosa colaboração por meio dos artigos constantes da obra, augurando que possam prover a administração pública com instrumentos capazes de torná-la mais avançada e apta à satisfação das necessidades sociais, segundo os fatos, valores e normas vigentes.

Boa leitura!

Valter Farid Antonio Junior
Procurador do Estado de São Paulo
Secretário-executivo da Justiça e Cidadania

[3] Karl Engisch, *Introdução ao pensamento jurídico*, 8. ed., Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001, p. 276.

ANÁLISE DO RECURSO ESPECIAL REPETITIVO Nº 1.352.721/SP SOB A ÓTICA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Analysis of the Repetitive Special appeal nº 1.352.721/SP under the optics of law and economics

Hélio Hideki Kobata[1]

SUMÁRIO Introdução. 1. Razões para estudo do tema. 2. Análise do caso – Dogmática. 2.1. Início de prova material. 2.2. Coisa julgada. 3. Análise do caso – conceitos de análise econômica. 3.1. Informação assimétrica. 3.2. Seleção adversa. 3.3. Risco moral e incentivos. Conclusão. Referências.

RESUMO O presente trabalho tem o objetivo de analisar a decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no Recurso Especial repetitivo nº 1.352.721/SP, usando conceitos da análise econômica do direito. Valendo-se da sistemática dos recursos especiais repetitivos, o STJ decidiu que a insuficiência probatória em ações versando sobre aposentadoria por idade rural constitui ausência de pressuposto para o desenvolvimento do processo, e por isso o processo deve ser extinto sem resolução do mérito. Entretanto, as decisões podem produzir efeitos imprevistos, muitos dos quais indesejados. Os conceitos de análise econômica, tais como informação assimétrica, seleção adversa e incentivos, fornecem importante contribuição para a análise de eventuais efeitos imprevistos e indesejados das ações humanas. Ajudam a explicar a lógica subjacente na conduta das pessoas diante das determinações impostas pela lei e pelas decisões judiciais. A concessão de aposentadoria por idade a trabalhadores rurais no Regime Geral de Previdência Social (RGPS) é um assunto muito importante no Brasil devido ao grande número de potenciais beneficiários e ao fato de muitos deles (mas não todos) serem pessoas em situação vulnerável. Este trabalho tem o objetivo de aplicar conceitos de análise econômica à extinção do processo sem resolução do mérito por falta de provas, tentando buscar na economia tanto justificativas para a adoção de tal posição quanto possíveis efeitos adversos que tal decisão pode provocar.

Palavras-chave: Direito previdenciário. Economia. Análise econômica do direito. Coisa julgada. Recurso especial repetitivo.

ABSTRACT The present work has the objective of analyzing the decision of the Superior Court of Justice (STJ) in the Special Appeal nº 1.352.721/SP, using concepts of the economic analysis of the law. Using the system of repetitive special resources, the STJ decided that the evidentiary insufficiency in actions related to retirement by rural age constitutes an absence of a presupposition for the development of the process, and for that reason the process must be extinguished without resolution of merit. However, decisions can produce unforeseen effects, many of which are unwanted. The concepts of economic analysis, such as asymmetric information, adverse selection and incentives, provide important contribution to the analysis of possible unforeseen and unwanted effects of human actions. They help to explain the underlying logic of people's conduct in the face of determinations imposed by law and judicial decisions. The granting of retirement by age to rural workers in the General Social Security System (RGPS) is a very important issue in Brazil due

[1] Procurador federal da Advocacia-Geral da União. Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo.

to the large number of potential beneficiaries and the fact that many (but not all) of them are vulnerable people. This work aims to apply concepts of economic analysis to the extinction of the process without solving the merits due to lack of evidence, trying to seek in the economy both justifications for the adoption of such position and possible adverse effects that such a decision may cause.

Keywords: Social security law. Economics. Economic analysis of law. Res judicata. Repetitive special appeal.

INTRODUÇÃO

Neste artigo será abordada a decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no Recurso Especial repetitivo nº 1.352.721/SP sob a ótica da análise econômica do direito.

O referido recurso tem a seguinte ementa:

> DIREITO PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. RESOLUÇÃO Nº 8/STJ. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. AUSÊNCIA DE PROVA MATERIAL APTA A COMPROVAR O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE RURAL. CARÊNCIA DE PRESSUPOSTO DE CONSTITUIÇÃO E DESENVOLVIMENTO VÁLIDO DO PROCESSO. EXTINÇÃO DO FEITO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO, DE MODO QUE A AÇÃO PODE SER REPROPOSTA, DISPONDO A PARTE DOS ELEMENTOS NECESSÁRIOS PARA COMPROVAR O SEU DIREITO. RECURSO ESPECIAL DO INSS DESPROVIDO.
>
> 1. Tradicionalmente, o Direito Previdenciário se vale da processualística civil para regular os seus procedimentos, entretanto, não se deve perder de vista as peculiaridades das demandas previdenciárias, que justificam a flexibilização da rígida metodologia civilista, levando-se em conta os cânones constitucionais atinentes à Seguridade Social, que tem como base o contexto social adverso em que se inserem os que buscam judicialmente os benefícios previdenciários.
>
> 2. As normas previdenciárias devem ser interpretadas de modo a favorecer os valores morais da Constituição Federal/1988, que prima pela proteção do trabalhador segurado da Previdência Social, motivo pelo qual os pleitos previdenciários devem ser julgados no sentido de amparar a parte hipossuficiente e que, por esse motivo, possui proteção legal que lhe garante a flexibilização dos rígidos institutos processuais. Assim, deve-se procurar encontrar na hermenêutica previdenciária a solução que mais se aproxime do caráter social da Carta Magna, a fim de que as normas processuais não venham a obstar a concretude do direito fundamental à prestação previdenciária a que faz jus o segurado.
>
> 3. Assim como ocorre no Direito Sancionador, em que se afastam as regras da processualística civil em razão do especial garantismo conferido por suas normas ao indivíduo, deve-se dar prioridade ao princípio da busca da verdade real, diante do interesse social que envolve essas demandas.
>
> 4. A concessão de benefício devido ao trabalhador rural configura direito subjetivo individual garantido constitucionalmente, tendo a CF/88 dado

> primazia à função social do RGPS ao erigir como direito fundamental de segunda geração o acesso à Previdência do Regime Geral; sendo certo que o trabalhador rural, durante o período de transição, encontra-se constitucionalmente dispensado do recolhimento das contribuições, visando à universalidade da cobertura previdenciária e à inclusão de contingentes desassistidos por meio de distribuição de renda pela via da assistência social.
>
> 5. A ausência de conteúdo probatório eficaz a instruir a inicial, conforme determina o art. 283 do CPC, implica a carência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do processo, impondo a sua extinção sem o julgamento do mérito (art. 267, IV, do CPC) e a consequente possibilidade de o autor intentar novamente a ação (art. 268 do CPC), caso reúna os elementos necessários a tal iniciativa.
>
> 6. Recurso Especial do INSS desprovido.
>
> (REsp 1.352.721/SP, rel. ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/12/2015, DJe 28/4/2016.)

Cabe apontar, por não estar claro no texto, que a discussão dizia respeito a benefício previdenciário de responsabilidade do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), administrado pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), mais precisamente aposentadoria por idade devida a trabalhador rural.

A decisão e os conceitos usados em sua fundamentação fornecem várias possibilidades de estudo na dogmática jurídica. O presente artigo tem propósito mais estreito, consistente na aplicação dos conceitos econômicos para estudo das possíveis repercussões de tal decisão na conduta das pessoas.

1. *RAZÕES PARA ESTUDO DO TEMA*

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro estabelece que "Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão" (art. 20, Decreto-lei nº 4.657/42, incluído pela Lei nº 13.655/18). Entendemos que uma das formas de aplicar tal norma é justamente mediante a utilização dos conceitos econômicos.

Nos últimos tempos se percebe grande interesse pela análise econômica do direito. O ministro Luís Roberto Barroso valeu-se de argumentos econômicos para proferir voto na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.766[2], e, concorde-se ou não com a decisão ou com a utilização de tais conceitos, o fato de ela ser empregada por integrante do Supremo Tribunal Federal (STF), a mais alta Corte de Justiça do país, mostra a relevância do estudo. Entretanto, ainda há áreas do direito em que os conceitos econômicos são pouco explorados.

[2] O julgamento está disponível no canal oficial do Supremo Tribunal Federal na plataforma *YouTube*. Disponível em: <https://youtu.be/dgQgvCso2jk>.

Ao tratar da Seguridade Social, mais precisamente da Previdência Social, a Constituição Federal estabelece a observância de princípios como contributividade, necessidade de prévio custeio e equilíbrio atuarial, equidade de fontes de financiamento e outros de nítida natureza econômica, mas o estudo em tal área normalmente se restringe a analisar as necessidades que devem ser cobertas e as regras aplicáveis para sua gestão. Muito se diz sobre se certos eventos ou riscos devem ser cobertos ou não pela Previdência Social, segundo as normas e princípios previstos no ordenamento jurídico, mas as referências a conceitos econômicos são mais raras.

Leal e Portela, além de apontarem essa lacuna, ressaltam o erro de se ignorar os conceitos e a lógica econômica no estudo do Direito Previdenciário, uma vez que:

> O marco regulatório previdenciário – constitucional, legal e infralegal –, ainda que eminentemente jurídico, não pode se desgarrar dos citados conceitos econômicos, e toda e qualquer reforma legislativa previdenciária deve compatibilizar os princípios jurídicos sociais que regem esse campo específico do *Direito* com a lógica econômica que o sustenta, viabilizando a proteção dos direitos e garantias individuais, na exata medida das condições econômicas do país[3].

Entendemos que não deve haver uma subordinação total do estudo previdenciário à economia, mas é importante usar os conceitos econômicos para atingir o melhor resultado possível. Via de regra, o debate em matéria previdenciária é feito apenas considerando as repercussões econômicas ou apenas considerando os direitos dos beneficiários, sendo que tais visões não são mutuamente excludentes.

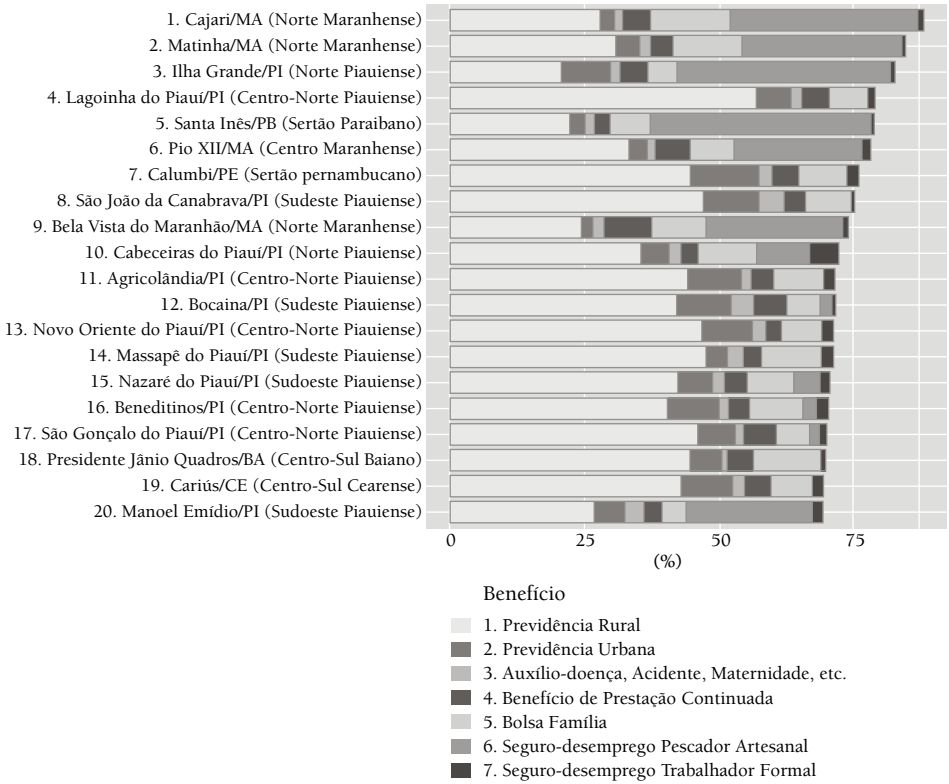
O número de benefícios potencialmente envolvidos também chama a atenção. A depender da região do Brasil, os benefícios previdenciários rurais são a principal fonte de renda não somente dos beneficiários, mas do município onde residem. Relatório elaborado pelo Tribunal de Contas da União (TCU) apontou, a título de ilustração, que nos 20 municípios mais dependentes de benefícios federais o nível de dependência varia, aproximadamente, de 70% a 90% do PIB do ente[4].

Esse cálculo inclui vários benefícios federais (previdência rural, previdência urbana, benefício assistencial, bolsa família e seguro-desemprego), mas nos municípios acima mencionados a maior dependência se refere às aposentadorias rurais e, em alguns casos, ao seguro-desemprego pago ao pescador artesanal (seguro defeso), como mostra o seguinte gráfico:

---

[3] LEAL, Bruno Bianco; PORTELA, Felipe Mêmolo. *Previdência em Crise: diagnóstico e análise econômica do direito previdenciário*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 73/74.

[4] Íntegra do relatório do Tribunal de Contas da União. Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A15E1158E1015E2A5FDF6F648F&inline=1>; fls. 34/38. Acesso em 1º de maio de 2018. O estudo do TCU não separa benefícios concedidos administrativamente de benefícios concedidos por decisão judicial, mas contribui para mostrar a importância de se estudar tais prestações em todos os seus desdobramentos, o que inclui as ações judiciais a respeito.



Do ponto de vista do direito, a referida decisão traz hipótese de inexistência de coisa julgada material em potencial julgamento desfavorável a uma das partes. A extinção sem mérito por falta de provas não é um desfecho inédito no ordenamento jurídico nacional, mas a novidade está na ampliação desse rol promovido pelo STJ.

O impacto dessa decisão também é potencializado porque ela foi tomada em sede de Recurso Especial repetitivo, ao qual o atual Código de Processo Civil conferiu grande importância. O artigo 927, III, do CPC, determina que os juízes e os tribunais observarão os acórdãos em julgamento de recursos especiais repetitivos, inclusive, podendo ser considerada não fundamentada a decisão que não os observar (art. 489, § 1º).

Outro ponto a ser considerado é a possibilidade de o entendimento do STJ, na decisão ora estudada, ser estendido a muitos outros casos. Dentro do Direito Previdenciário, José Antonio Savaris aponta que o raciocínio usado no REsp 1.352.721 "presta-se a qualquer hipótese em que é rejeitada a pretensão de proteção previdenciária ao argumento de ausência ou insuficiência de prova material"[5].

[5] SAVARIS, José Antonio. *Direito Processual Previdenciário*. 7. ed. Curitiba: Alteridade Editora, 2018, p. 96.

Sucede que a possibilidade de extensão do posicionamento do STJ não se restringe ao Direito Previdenciário. Considerando que o fundamento para o tratamento diferenciado adotado pelo STJ foi o fato de os trabalhadores rurais serem considerados "*parte hipossuficiente*", não se pode descartar a possibilidade de tal raciocínio ser replicado para outros grupos considerados vulneráveis (consumidores em relação de consumo, trabalhadores em relação trabalhista, etc.)[6].

2. ANÁLISE DO CASO – DOGMÁTICA

A concessão de aposentadoria por idade ao trabalhador rural no RGPS está sujeita a regras distintas – e mais brandas – das aplicadas aos trabalhadores urbanos. Esses benefícios possuem um redutor etário de cinco anos em relação aos demais trabalhadores por expressa previsão constitucional (art. 201, § 7º, II).

Além da redução no requisito etário, outro fato que aumenta a atratividade das aposentadorias rurais está na desnecessidade de contribuição para sua fruição, bastando para tanto a comprovação do exercício de atividades rurais, nos termos dos artigos 39, inciso I, e 143 da Lei nº 8.213/91.

2.1. *Início de prova material*

No que diz respeito aos requisitos para obtenção de benefícios previdenciários, o que mais interessa para o presente trabalho são as regras relacionadas à prova do exercício de atividades rurais pelo interessado.

O art. 55, § 3º da Lei nº 8.213/91, estabelece o seguinte:

> § 3º – A comprovação do tempo de serviço para fins do disposto nesta lei, inclusive mediante justificativa administrativa ou judicial, observado o disposto no art. 108, só produzirá efeito quando for baseada em início de prova material contemporânea dos fatos, não admitida a prova exclusivamente testemunhal, exceto na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, na forma prevista no Regulamento.[7]

A lei abranda a exigência probatória a respeito, dispensando o interessado de produzir prova documental plena, sendo suficiente a apresentação de início de prova material, desde que essa seja contemporânea dos fatos. Vale apontar que não se trata de uma inovação da Lei nº 8.213/91, pois o Decreto nº 83.080/79 já admitia a utilização de "razoável início de prova material" em seu art. 57, § 5º.

---

[6] DELFINO, Lúcio; COSTA, Eduardo José da Fonseca e RAMOS NETO, Newton Pereira; *Existe um Direito Processual para a Previdência Social?* Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mai-16/existe-direito-processual-previdencia-social>. Acesso em 10 de junho de 2018.

[7] Cabe acrescentar que tal parágrafo foi alterado pela Medida Provisória nº 871/2019, sendo inserida a exigência de a prova material ser "contemporânea dos fatos".

Ao tratar do regime probatório previdenciário, José Antonio Savaris registra que a prova material é uma das espécies de prova quando essa é classificada quanto à forma ou quanto ao meio de manifestação[8]. Se a informação do conhecimento humano se transmite pelo seu testemunho em Juízo, temos a prova testemunhal. Se tal transmissão ocorrer por intermédio de um documento, temos a prova documental. Por fim ele explica, citando Nicola Framarino Dei Malatesta, em que consiste a prova material:

> Teremos uma prova material quando a afirmação da coisa se exterioriza nela própria, 'pela materialidade de suas formas'. Se o documento não se destina a fazer fé dos fatos afirmados por quem escreve, mas se apresenta como exteriorização de fato ou ação, é uma prova documental quanto à forma (meio de manifestação) e real/material quanto ao sujeito (fonte de informação).

O autor complementa a explicação em trecho posterior do mesmo livro[9]:

> Particularmente em relação à prova material, a 'afirmação do fato' chega ao magistrado não por uma pessoa, mas por uma coisa (um objeto qualquer ou um documento). A prova material se presta, então, a indicar a realização de fatos, a sugerir que ocorreu determinado evento. A prova material não é produzida para solução de um litígio judicial, mas advém de causa própria, como produto de um determinado fato realizado no passado.

A Lei nº 8.213/91 traz, no art. 106, um rol de documentos aptos a comprovar o exercício de atividade rural, mas há várias decisões judiciais apontando-o como meramente exemplificativo[10]. A jurisprudência a respeito surge, por exemplo, no REsp 1.650.326/MT:

> Para a representação judicial do INSS a Advocacia-Geral da União (AGU) adotou os seguintes parâmetros, expostos no enunciado nº 32 de sua Súmula:
>
> Para fins de concessão dos benefícios dispostos nos artigos 39, inciso I e seu parágrafo único, e 143 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, serão considerados como início razoável de prova material documentos públicos e particulares dotados de fé pública, desde que não contenham rasuras ou retificações recentes, nos quais conste expressamente a qualificação do segurado, de seu cônjuge, enquanto casado, ou companheiro, enquanto durar a união estável, ou de seu ascendente, enquanto dependente desse, como rurícola, lavrador ou agricultor, salvo a existência de prova em contrário. (de 9/6/2008; in DOU de 12/6/2008).

Da análise de todos os pontos expostos pela lei, pela doutrina, pelos Tribunais e pela AGU, percebe-se que os elementos apresentados como início de prova material

[8] SAVARIS, José Antonio. *Direito Processual Previdenciário*. 7. ed. Curitiba: Alteridade Editora, 2018, p. 312.

[9] *Ibidem,* p. 313.

[10] Vide, por exemplo: REsp 1.650.326/MT, AgInt no AREsp 967.459/MT.

não provam, diretamente, o exercício do trabalho rural, mas apresentam elementos que permitem chegar a essa conclusão. Isso fica claro diante do exposto na Súmula nº 32 da AGU: o fato de uma pessoa se declarar como rurícola, lavrador ou agricultor numa certidão de casamento, por exemplo, não prova diretamente o exercício de atividade rural, mas permite concluir que o tenha feito. Afinal, por que uma pessoa iria se declarar rurícola ao se casar se realmente não o fosse? O mesmo vale, por exemplo, para um atestado de frequência à escola situada em zona rural. Por que uma criança iria para uma escola na zona rural se não fosse pelo fato de seus pais morarem e trabalharam no campo? Esses dois documentos não provam o trabalho diretamente como, por exemplo, uma Carteira de Trabalho, mas são sinais fortes de que ele ocorreu.

Em suma, para comprovação do exercício de atividades laborativas como rurícola a pessoa precisa apresentar início de prova material e prova testemunhal. O início de prova material pode ser qualquer dos documentos expostos no rol exemplificativo do art. 106 da Lei nº 8.213/91 e não precisa ser referente a todo o período, podendo até ser posterior ao início do período trabalhado se a prova testemunhal a respeito for convincente.

2.2. *Coisa julgada*

Segundo a doutrina processual tradicional, a sentença não mais suscetível de reforma por meio de recursos transita em julgado, produzindo coisa julgada formal, por ser imutável dentro do próprio processo, e coisa julgada material, por ser imutável no mesmo processo ou em qualquer outro entre as mesmas partes[11].

O artigo 502 do Código de Processo Civil estabelece ser coisa julgada material "a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso".

A indiscutibilidade se desdobra em dois efeitos. Por um lado, a decisão deve ser observada quando utilizada como fundamento de outra demanda, vinculando o outro julgador, sendo esse o efeito positivo da coisa julgada. Por outro lado, a mesma questão não poderá ser discutida novamente, gerando uma defesa em eventual repetição da demanda (art. 337, VII, CPC), sendo esse o efeito negativo da coisa julgada.

Além disso, a coisa julgada é imutável, não sendo admitida sua modificação, salvo em hipóteses e situações muito específicas.

Didier Jr., Braga e Oliveira apontam que há três diferentes modos de formação da coisa julgada no direito brasileiro[12]. A regra geral é a coisa julgada *pro et contra*, formada independentemente se a decisão é de procedência ou de improcedência.

---

[11] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 306/307.

[12] DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA; Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 13. ed. Salvador. Editora Jus Podivm. 2018, p. 598/599.

O segundo modo de formação é, em contraste com o primeiro, condicionado ao resultado do processo, ou seja, a coisa julgada surge a depender do desfecho do processo. Trata-se da coisa julgada *secundum eventum litis*. Está presente, por exemplo, na coisa julgada coletiva, que somente se estende ao plano individual se favorável às vítimas e seus sucessores (art. 103, III, Lei nº 8.078/90).

O terceiro modo é a coisa julgada *secundum eventum probationis*, no qual somente haverá coisa julgada em caso de esgotamento das provas. Nesse modo a improcedência por insuficiência de provas não formará coisa julgada e, portanto, é permitida a renovação da demanda. Ocorre, por exemplo, nas ações coletivas (art. 103, I, da Lei nº 8.078/90), na ação popular (art. 18, da Lei nº 4.717/65) e no mandado de segurança (art. 19, da Lei nº-12.016/09).

Como consta na ementa, a decisão do STJ no REsp 1.352.721 estabeleceu a extinção do processo sem resolução do mérito quando não houver provas suficientes do trabalho rural, e não havendo decisão de mérito não há coisa julgada, não há decisão imutável e indiscutível. Em outras palavras, a coisa julgada em casos discutindo aposentadoria por idade rural no âmbito do RGPS se forma *secundum eventum probationis*.

Ao tratar da coisa julgada em matéria previdenciária, Savaris expõe ser possível nova discussão da matéria ligada à concessão ou revisão de determinado benefício previdenciário quando a pretensão for recusada por insuficiência de provas, porque, segundo ele, "o direito fundamental à previdência social é orientado pelo princípio fundamental de que o indivíduo não pode ser separado de seu direito de sobreviver pela solidariedade social por uma questão de índole formal"[13].

Tudo indica que as afirmações do referido autor encontraram eco na decisão do STJ, pois consta na ementa a necessidade de que "as normas processuais não venham a obstar a concretude do direito fundamental à prestação previdenciária a que faz jus o segurado".

Diante de tais colocações é possível afirmar que o Superior Tribunal de Justiça buscou garantir o acesso dos trabalhadores rurais à aposentadoria por idade rural. Adotando como pressuposto que a improcedência em caso de insuficiência probatória seria um obstáculo definitivo à obtenção de tal benefício, então seria justificável a não formação da coisa julgada.

Contudo, é possível defender que a premissa adotada pelo Superior Tribunal de Justiça – a improcedência em caso de insuficiência probatória seria um obstáculo definitivo à obtenção de tal benefício – está equivocada.

A relação jurídica formada entre o segurado da Previdência Social e o INSS é uma relação jurídica permanente. Didier, Braga e Oliveira explicam, citando Teori Zavaski, que tal relação é assim entendida como aquela que "nasce de um suporte de

[13] SAVARIS, José Antonio. *Direito Processual Previdenciário*. 7. ed. Curitiba: Alteridade, 2018, p. 97.

incidência consistente em fato ou situação que se prolonga no tempo" e mencionam como um dos exemplos justamente as relações previdenciárias[14].

A sentença a respeito de tais relações jurídicas contém uma cláusula *rebus sic stantibus*, significando que, havendo modificação superveniente no estado de fato ou de direito, é lícito rever o que se decidiu (art. 505, I, CPC). Contudo, essa revisão não significa que inexistirá coisa julgada sobre a sentença originalmente proferida.

A ação de revisão será uma ação diferente da original, com fatos ou direito novos, com nova causa de pedir e novo pedido. Consequentemente, ao final, haverá nova decisão transitada em julgado, mas que não desrespeitará a coisa julgada formada para a situação anterior: a nova sentença produzirá efeitos *ex nunc* na regulação, em nada afetando o que fora decidido na primeira.

No próprio REsp 1.325.721 houve manifestação nesse sentido. O ministro Mauro Campbell, que acabou vencido, distinguiu a possibilidade de se fazer coisa julgada da possibilidade de revisão futura, afirmando que reconhecer a possibilidade de coisa julgada não afastaria uma eventual pretensão de futura revisão, em face de novas provas. Segundo o ministro, não se nega a possibilidade de, surgindo novas provas, a parte propor uma nova ação para solicitar a revisão do julgado, com efeitos futuros.

Diante dessa distinção, assim consignou o voto-vista:

> Em lides previdenciárias, se as provas forem insuficientes, a coisa julgada se fará segundo o resultado da prova, isto é, *secundum eventum probationis*. Alcançada nova prova, poderá o autor propor nova ação, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobrevindo modificação do estado de fato ou de direito.

Assim concluiu o voto-vista, ora vencido, em definição da tese jurídica repetitiva: "na ausência de prova constitutiva do direito previdenciário, o processo será extinto com fulcro no artigo 269, I, do CPC, com julgamento de mérito, sendo a coisa julgada material *secundum eventum probationis*".

Em suma, mesmo que o processo fosse extinto com resolução do mérito por insuficiência probatória, a eventual obtenção futura de outras provas por parte do requerente não o impediria de apresentar outra ação. Aliás, ele sequer estaria impedido de apresentar um novo requerimento administrativo, pois o art. 347, § 4º. do Decreto nº 3.048/99 aponta que "Não é considerado pedido de revisão de decisão indeferitória definitiva, mas de novo pedido de benefício, o que vier acompanhado de outros documentos além dos já existentes no processo."

A diferença mais visível entre as duas posições é de natureza processual: a tese vencedora estabelece extinção do processo sem resolução do mérito em caso de insuficiência probatória, ao passo que a tese vencida estabelece extinção do processo

[14] DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA; Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 13. ed. Salvador: Jus Podivm, 2018, p. 635.

com resolução do mérito. Mas a diferença entre elas que mais interessa ao presente trabalho diz respeito aos efeitos da decisão: para a tese vencida eventual sentença posterior com resolução do mérito que conceda benefício previdenciário terá efeitos *ex nunc*, ou seja, dela para a frente, não havendo pagamento de valores atrasados; já para a tese vencedora não existe tal limitação.

3. ANÁLISE DO CASO – CONCEITOS DE ANÁLISE ECONÔMICA

3.1. *Informação assimétrica*

Ao estudar relações entre pessoas muitas vezes se presume que determinados elementos da relação são constantes e uniformes, mas isso dificilmente corresponde à realidade: o mais comum é que um dos lados tenha mais informações sobre o bem ou serviço em questão do que o outro. Esse fenômeno é chamado de informação assimétrica.

Um exemplo muito utilizado em manuais de economia é o do mercado de carros usados, ou *market of lemons*[15]. Ao procurar um carro para comprar a pessoa não tem ciência de como esse veículo foi usado, se a manutenção foi regularmente feita, entre outros dados. Por outro lado, o vendedor tem um conhecimento maior sobre o estado do veículo, sabendo se ele tem algum problema ou se há chance de ele ter algum problema em um futuro próximo. Em suma, a informação sobre as condições do veículo é assimétrica entre vendedores e compradores[16].

Imaginemos um mercado de carros usados em que os vendedores peçam R$ 1.000,00 por um carro ruim e R$ 2.000,00 por um carro bom; já os compradores se dispõem a pagar até R$ 1.200,00 por um carro ruim e R$ 2.400,00 por um carro bom. Se os compradores tivessem as mesmas informações sobre os carros que os vendedores, o preço dos carros ruins oscilaria entre R$ 1.000,00 e R$ 1.200,00 e o dos carros bons oscilaria entre R$ 2.000,00 e R$ 2.400,00. Entretanto, adotando como premissa que isso não ocorre, por se tratar de informação muito difícil de obter, os compradores têm que adivinhar se o carro é bom ou ruim e oferecer um valor que garanta a compra do carro bom e minimize o prejuízo se o carro for ruim. Em uma análise simplificada, como a presente, isso significa que eles tenderiam a oferecer o valor médio, ou seja, R$ 1.800,00.

Aqui surge o primeiro problema. Ante um valor de R$ 1.800,00 os vendedores de carros bons, que pedem no mínimo R$ 2.000,00, não teriam interesse na venda. Já os vendedores de carros ruins ficariam muito satisfeitos, pois poderia ganhar quase o dobro em relação aos R$ 1.000,00 que pediram. Logo, somente carros ruins seriam postos à venda.

---

[15] AKERLOF, George A., *The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism*. The Quarterly Journal of Economics. Vol. 84, nº 3, p. 488/500. 8/1970.

[16] VARIAN, Hal R. *Microeconomia: uma abordagem moderna*. Tradução Regina Célia Simille de Macedo. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2016, p. 740/741.

Contudo, se somente carros ruins forem oferecidos os compradores não estarão mais dispostos a pagar R$ 1.800,00, passando a pagar um valor entre R$ 1.000,00 e R$ 1.200,00, o valor que eles estavam inicialmente dispostos a pagar. O mercado acabaria numa situação de equilíbrio, mas desfavorável, pois nenhum carro bom seria vendido, mesmo considerando que os compradores estariam dispostos a pagar até R$ 2.400,00 por eles.

No caso dos benefícios previdenciários, é frequentemente mencionada a dificuldade dos requerentes em saber quais os requisitos para obter seus benefícios, ou até mesmo a quais benefícios têm direito.

Um dos fatos que fundamenta essa dificuldade é a existência de muitas normas[17] a respeito, problema presente em diversas áreas do Direito nacional, mas especialmente crítico no Direito Previdenciário, onde há muitas leis, decretos, portarias e instruções normativas. A isso se soma a atuação do Poder Judiciário: a previsão de edição de súmulas vinculantes, dos recursos representativos de controvérsia e dos incidentes de resolução de demandas repetitivas tornou ainda mais relevante levar em consideração as decisões dos tribunais, e o presente trabalho é exemplo disso.

A exuberante atuação legislativa e judicial confere enorme complexidade à matéria previdenciária, difícil de ser entendida até mesmo para profissionais do Direito. Para o cidadão comum essa tarefa é ainda mais ingrata e, entre os cidadãos, se sobressai a situação de muitos trabalhadores rurais, sobre os quais Castro e Lazzari afirmam que:

> (...) é no meio fundiário que encontramos a maior parcela de indivíduos ainda não alfabetizados, e, pior, submetidos a condições de trabalho muitas vezes análogas às da escravidão. Querer exigir desse homem que tenha pleno conhecimento das normas legais a respeito de Previdência e dele cobrar que venha a contribuir, inclusive pelo período pretérito, quando sequer havia lei que assim exigisse, não condiz com uma política voltada para a população economicamente hipossuficiente[18].

Entendemos que nem é preciso ir tão longe. Segundo estudo feito pelo Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (Sebrae), em 2014, a situação da escolaridade dos produtores rurais era a seguinte[19]:

[17] Aqui usamos o termo "norma" da forma mais genérica possível, significando um comando que deve ser observado.

[18] CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 14. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 608.

[19] BEDÊ, Marco Aurélio (coordenador). *Produtores Rurais no Brasil 2001 a 2014*. Sebrae. Brasília. 2016, p. 14.

	Produtor rural		
	Conta própria	Empregador	Total
Sem instrução	23%	11%	22%
Fundamental incompleto	53%	33%	52%
Fundamental completo	8%	9%	8%
Médio incompleto	3%	5%	3%
Médio completo	10%	20%	11%
Superior incompleto	1%	4%	1%
Superior completo	1%	19%	2%
Total	100%	100%	100%

Fonte: Pnad 2014/IBGE.

Somados, os grupos de menor instrução formal perfazem 74% dos produtores rurais, praticamente ¾ do total. Diante de tais dados pode-se afirmar que apenas um em cada quatro produtores rurais tem nível de escolaridade que possibilite um mínimo de conscientização sobre seus direitos.

Outro momento em que se evidencia a assimetria informacional entre o requerente e o Estado é no indeferimento administrativo do benefício. Savaris[20] aponta o problema da má-delimitação da lide previdenciária, oriundo da dificuldade em apurar as razões do indeferimento administrativo. Ao receber a carta de indeferimento, o requerente não tem conhecimento preciso acerca do que levou à negativa administrativa. Alguns períodos podem ter sido considerados e outros não; certos períodos podem ter sido computados, mas não são considerados para fins previdenciários pelos mais variados motivos.

Diante de tal quadro, pode-se afirmar que a decisão proferida pelo STJ no REsp 1.352.721/SP leva em conta a assimetria informacional entre o potencial beneficiário de aposentadoria por idade rural e o Estado, atuando para atenuar os efeitos adversos de tal situação sobre os requerentes.

Mas há o outro lado: também existe informação assimétrica em desfavor da Administração Pública. Ao analisar requerimentos de benefício, o INSS coleta informações dos documentos apresentados pelo requerente, de informações registradas em sistemas como o CNIS (Cadastro Nacional de Informações Sociais), depoimentos, entre outros meios. Entretanto, não detém todas as informações acerca de onde, como e por quanto tempo a pessoa trabalhou e, por vezes, mesmo após a instrução do processo administrativo, tais dados não são descobertos.

A princípio, a inexistência de informações não acarreta perda para o INSS e, sim, para o requerente, pois sem tais dados o INSS não irá computar os períodos de trabalho e provavelmente irá indeferir o benefício.

[20] SAVARIS, José Antonio. *Direito Processual Previdenciário*. 7. ed. Curitiba: Alteridade, 2018, p. 71/75.

Entretanto, isso se inverte caso haja a judicialização da questão, pois por deter maior conhecimento sobre seu trabalho o requerente irá elaborar e instruir sua ação de acordo com tais informações. A entidade autárquica, por outro lado, apenas tem ciência do que foi obtido no curso do processo administrativo. Não tem condições de apresentar testemunhas para se contrapor às afirmações dos requerentes, podendo, se muito, encontrar deficiências e contradições nas que forem depor em favor dos autores. Em regra, também não tem como provar a negativa, ou seja, que o trabalho não ocorreu. Pode apontar a inexistência de prova de que o trabalho ocorreu, mas aí cairá justamente naquilo que o STJ entendeu ser causa de extinção do processo sem resolução do mérito, o que não resolverá de forma definitiva a controvérsia.

Retomemos o exemplo do mercado de carros usados, mas aplicando o mesmo raciocínio ao ambiente das ações judiciais. Algumas pessoas oferecem uma ação de maior qualidade, assim entendida como uma ação judicial suficientemente instruída com documentos e a indicação de testemunhas que efetivamente acompanharam os fatos. Já outras oferecem uma ação de qualidade menor, instruída apenas com o mínimo necessário para que ela exista.

No caso das ações judiciais, o Poder Judiciário ocupa o lugar que era dos compradores no exemplo dos carros usados. Para aqueles que oferecem uma ação de maior qualidade o Judiciário entrega uma sentença de procedência, ou seja, que dá razão a eles e determina que lhes seja entregue o benefício pleiteado. Já para aqueles que oferecem uma ação de menor qualidade o Judiciário entrega uma sentença de improcedência, negando-lhes o benefício.

A decisão proferida no REsp 1.352.721/SP altera essa lógica. Aqueles que oferecem uma ação de menor qualidade passam a receber não uma sentença de improcedência, mas sim uma sentença sem resolução do mérito. Ainda que o objetivo dos requerentes seja o de conseguir uma sentença de procedência, que lhe dê a almejada aposentadoria, e não de conseguir uma sentença sem resolução do mérito, o fato de a ação ser extinta sem resolução do mérito os deixa mais perto, ou menos longe, de conseguir tal objetivo.

Além disso, como referimos em momento anterior, a extinção sem resolução do mérito significa que não haverá coisa julgada sobre as parcelas vencidas, não havendo impedimento jurídico para que o autor reivindique o pagamento das parcelas atrasadas em eventual ação posterior. Como esses valores serão pagos com juros e correção monetária, os autores que oferecem ações menos instruídas podem acabar obtendo quantia maior do que aqueles que tiveram maior cuidado com a juntada de provas.

3.2. *Seleção adversa*

A assimetria de informação no mercado de carros usados teve como resultado a expulsão dos carros bons, sendo disponibilizados para venda apenas carros de baixa qualidade. Esse fenômeno é conhecido como seleção adversa.

Hal Varian fornece outro exemplo de seleção adversa[21]. Uma companhia de seguros estuda oferecer um seguro contra furto de bicicletas. Após pesquisar o mercado constata que a ocorrência de furtos varia de um local para outro, sendo comum em alguns e rara em outros. Se ela decidisse oferecer o seguro com base na taxa de furto médio, as pessoas dos locais com menos furtos não o contratariam por ser uma despesa desproporcional ao risco de perder sua bicicleta, e apenas os residentes em locais com mais furtos seriam atraídos.

Para alcançar o equilíbrio, a companhia de seguros reagirá de modo semelhante aos compradores no mercado de carros usados, passando a basear suas taxas nas piores previsões. Com isso, apenas os consumidores sujeitos aos maiores riscos irão contratar o seguro, afastando até mesmo aqueles que têm um risco baixo, mas não negligenciável. Resultado: a companhia de seguros terá uma seleção adversa de clientes.

Em suma, se o adquirente de um produto ou serviço não puder determinar a qualidade daquilo que adquire, determinável somente em um momento posterior e já com a transação consumada, ele tende a presumir que a qualidade será média ou baixa. Então, ele agirá de acordo com tal presunção, o que acaba por impedir a celebração dos negócios mais vantajosos, sendo atraídos apenas os piores ofertantes.

O exemplo acima mostra que podem surgir resultados inesperados e indesejados após certas ações. No caso da decisão do STJ, objeto do presente artigo, provavelmente não se desejou instigar os autores em ações previdenciárias a serem mais desleixados com a instrução de seus processos, mas esse é um efeito adverso que pode ocorrer.

Devido à assimetria de informação podemos apontar a existência de três grupos de litigantes em processos judiciais. O primeiro é formado por aqueles que dispõem de provas suficientes e as apresentam no processo. O segundo grupo é formado por pessoas que não apresentam provas por real e efetiva impossibilidade de obtê-las, seja porque nunca as tiveram, seja porque elas se perderam com o decorrer do tempo. Por fim, o terceiro grupo é formado por pessoas que possuem provas ou a possibilidade de obtê-las sem esforços incomuns, mas não as apresentam ao instruir o processo judicial.

A diferença no nível de informação entre o cidadão e o Estado, durante o exercício das atividades como trabalhador rural, faz com que as pessoas menos instruídas não consigam obter documentos para, no futuro, instruir seus requerimentos de aposentadoria. Não guardam, nem exigem, recibos de pagamento de salários. Não emitem notas fiscais. Não se filiam a associações ou sindicatos rurais.

Já os mais instruídos conseguem tais documentos e informações com menos percalços. Muitos já se precaveram recolhendo contribuições, havendo a possibilidade em tais casos de sequer precisar apresentar provas do exercício de alguma atividade rural.

[21] VARIAN, Hal R. *Microeconomia: uma abordagem moderna*. Tradução Regina Célia Simille de Macedo. 9 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2016, p. 744/745.

Dentro desse enfoque, exigir muita prova material promoveria uma seleção adversa, pois o acesso aos benefícios previdenciários rurais seria mais difícil justamente para aqueles que tiveram menos condições de amealhar provas sobre seu labor. Seria uma situação contrária ao que se buscou com a previsão legal de suficiência do início de prova material.

Por outro lado, ao oferecer uma sentença sem resolução do mérito para casos de insuficiência probatória, o Poder Judiciário retira um incentivo à elaboração de demandas mais bem-instruídas.

O primeiro grupo equivale aos vendedores de carros bons, pois a instrução plena, ou ao menos suficiente, por eles ofertada, permite a discussão plena do mérito da causa com a procedência ou a improcedência do pedido, objetivo principal da prestação da atividade jurisdicional.

De acordo com a dogmática processual clássica, o segundo e o terceiro grupo seriam indistinguíveis do primeiro quanto ao resultado da prestação jurisdicional, eis que haveria sentença com resolução do mérito, no caso de improcedência. Contudo, a decisão proferida no REsp 1.352.721/SP leva à extinção sem resolução do mérito, e, por isso, passa a haver diferença entre esses dois grupos e o primeiro. O resultado é uma decisão que não resolve o mérito da demanda, algo que não é o ideal do ponto de vista da prestação jurisdicional.

O segundo grupo não apresenta provas porque é impossível ou extremamente difícil obtê-las, então, a decisão do Recurso Especial não constitui incentivo para que promovam melhor instrução probatória.

O terceiro grupo, por seu turno, tem reduzidos seus incentivos para promover melhor instrução probatória antes do ajuizamento da ação. Caso as provas apresentadas sejam insuficientes ou inconclusivas, não haverá a eficácia preclusiva da coisa julgada impedindo o ajuizamento de demanda com os mesmos pedidos no futuro. O requerente desse grupo pode não ter conseguido seu benefício agora, mas não há qualquer impedimento jurídico para que tente novamente, inclusive, obtendo todos os valores retroativos que teoricamente lhe sejam devidos.

3.3. *Risco moral e incentivos*

Há outro problema relacionado à informação assimétrica, denominado risco moral (*moral hazard* em inglês), referente à possibilidade de um agente econômico mudar seu comportamento de acordo com os diferentes contextos nos quais ocorre uma transação econômica.

Retomaremos o exemplo do seguro de bicicletas, mas com variáveis diferentes: suponhamos que as diferentes áreas tenham probabilidades idênticas de furto, mas o que varia agora são as ações dos donos das bicicletas.

O dono de uma bicicleta pode usar um cadeado reforçado ou uma trava específica; pode buscar locais mais seguros para guardar sua bicicleta ou usar bicicletários disponíveis em alguns lugares. Enfim, pode adotar medidas de precaução.

Se não houvesse seguros as pessoas teriam que suportar integralmente o custo de suas ações ou omissões, o que nesse caso significa arcar com o valor integral de uma bicicleta, caso ela venha a ser furtada.

Entretanto, havendo seguros, o custo que a pessoa passa a ter de suportar, caso sua bicicleta seja furtada, é bem menor. Em uma situação limítrofe, na qual a seguradora reembolsa completamente a pessoa pelo furto, essa passa a não ter mais incentivos para se precaver. Pode deixar sua bicicleta em qualquer lugar, sem tranca alguma, pois, caso ela seja furtada, basta entrar em contato com a seguradora e pedir o reembolso.

Segundo a economia, isso ocorre porque as pessoas reagem a incentivos. Um incentivo pode ser conceituado como algo que induz uma pessoa a agir, tal como a perspectiva de uma punição ou recompensa[22].

No exemplo do seguro de bicicletas, a hipotética inexistência de seguros incentiva a pessoa a tomar mais cuidado com sua bicicleta, pois, se não o fizer, terá que arcar com todo o prejuízo em caso de furto. Mas havendo um seguro que assuma integralmente os custos em caso de furto da bicicleta as pessoas não têm incentivos para tomar cuidado. A mesma conduta pode ser vista em vários tipos de seguro, mostrando a dificuldade das seguradoras em determinar a categoria de risco do segurado.

Antes da celebração de um seguro, as empresas seguradoras checam as condições do bem a ser segurado e as precauções adotadas pelo proprietário, mas a situação pode mudar após a celebração do contrato. O contratante pode adotar ações ou omissões que lhe são mais convenientes, mas que aumentam a chance de ocorrência de sinistros. Isso impõe à seguradora o ônus de monitorar constantemente o comportamento de seus segurados, e isso certamente tem seu custo.

Esses exemplos simplificados mostram que as pessoas mudam seu comportamento a depender das condições, podendo ocorrer uma falta de incentivo à precaução. Essa falta de incentivo à precaução é chamada de risco moral. Mackaay e Rousseau resumem tal dilema da seguinte forma[23]:

> O risco moral aparece cada vez que, em caso de fiscalização imperfeita, porque custosa para o segurador, o segurado se afasta do comportamento ajustado com o segurador, eventualmente de forma implícita, de modo a buscar vantagem para si, aumentando a probabilidade ou a extensão do risco assumido pelo segurador.

O caso, ora em estudo, envolve o pagamento de prestação da Previdência Social que tem pontos em comum com os seguros privados, observadas suas peculiaridades.

---

[22] MANKIW, N. Gregory. *Introdução à Economia*. Tradução Allan Vidigal Hastings, Elisete Paes e Lima, Ez2 Translate; revisão técnica Manuel José Nunes Pinto. 3ª reimpressão da 3. ed. São Paulo: Cengage Learning. 2016, p. 7.

[23] MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. Tradução Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 138.

A decisão do STJ pode ser encarada pelos autores em ações previdenciárias como uma diminuição do rigor na fiscalização da instrução probatória. Isso pode ser visto como uma concessão necessária devido às dificuldades enfrentadas na obtenção de provas, mas também pode ser um incentivo para que ações de menor qualidade sejam ajuizadas.

A decisão de extinguir o processo sem resolução do mérito quando há insuficiência probatória diminui o risco de uma decisão de improcedência. Uma vez que o *iter* processual se tornou mais seguro, o litigante pode se sentir mais à vontade para proceder sem tomar tanto cuidado, instruindo sua petição inicial apenas com o que já tem ou o que consegue obter mais facilmente. Afinal, a coleta de provas para instrução de processo judicial envolve custos. É preciso procurar documentos, apresentar requerimentos em repartições públicas, procurar testemunhas dos fatos que se quer provar, entre outras diligências.

Disso se infere que, por causa da decisão no REsp 1.352.721, poderá haver incentivo a comportamentos oportunistas, com demandas sendo fracamente instruídas, apenas para serem repropostas depois sem qualquer ônus.

Além disso, ao estabelecer a inexistência de coisa julgada quando a parte autora não possui provas suficientes, a decisão elimina um relevante *tradeoff* no processo de decisão pelo ajuizamento ou não de uma ação judicial. A significativa redução dos custos de transação pode incentivar as pessoas a litigar.

Por outro lado, a alteração da conduta dos envolvidos por força do decidido pelo STJ pode ser encarada como incentivo para melhora na análise pré-processual do alegado direito à aposentação, sendo consequência do descompasso entre a análise feita pelo INSS no requerimento administrativo e a análise feita no curso da ação judicial.

Uma medida que poderia gerar bons efeitos no campo ora estudado é a adaptação dos atos normativos internos do INSS ao entendimento judicial no que diz respeito à análise das provas do exercício de atividades rurais. Por exemplo, a Instrução Normativa nº 77/2015 do INSS estabelece limitações à consideração da prova que o Poder Judiciário não acolhe, tais como a limitação do período considerado à prova documental mais antiga. A internalização das posições judiciais consolidadas evitaria a judicialização de diversos casos, tornando possível à Administração e ao Judiciário concentrar recursos e esforços em casos mais complexos.

Por outro lado, não se vislumbra na decisão incentivo à adoção de uma precaução maior pelo INSS na análise administrativa de tais benefícios caso a caso. Isso porque a Autarquia teria que realizar prova negativa em inúmeros casos, e é de conhecimento geral que tal prova é muito mais difícil de ser obtida. Ademais, para atingir tal objetivo seriam necessárias diligências administrativas mais demoradas e custosas (inspeção no local de prestação dos serviços, oitiva de testemunhas).

CONCLUSÃO

Utilizar conceitos e teorias de outras áreas do conhecimento humano é importante para o Direito, e a teoria econômica pode contribuir para uma análise preditiva sobre os efeitos das leis e decisões judiciais sobre o comportamento das pessoas e instituições.

A assimetria de informação entre os trabalhadores rurais, muitos dos quais com pouca ou quase nenhuma instrução formal, e o Estado/INSS, é uma possível justificativa para a decisão de extinguir o processo sem resolução do mérito, caso as provas apresentadas sejam insuficientes. Por outro lado, existe assimetria de informação em desfavor da Administração Pública quanto ao trabalho em si, sendo mais difícil produzir prova contrária às alegações dos autores.

Considerando a deficiência na educação de muitos trabalhadores rurais, manter o tratamento geral do Código de Processo Civil para todos os casos poderia promover uma seleção adversa no acesso às prestações previdenciárias, pois manteria na esfera judicial a exclusão que eles já experimentam na esfera administrativa. Contudo, o tratamento diferenciado dispensado àqueles que não produzem provas suficientes de suas alegações em Juízo pode levar a uma seleção adversa de litigantes, pois aqueles que poderiam ter instruído melhor suas ações antes de ajuizá-las podem se sentir menos incentivados a fazê-lo.

Como a busca por provas demanda tempo e esforço, o fato de as ações poderem ser repropostas sem prejudicar o acesso a prestações anteriores se, porventura, as provas já obtidas forem reputadas insuficientes, pode levar as pessoas a adaptarem seu comportamento, instruindo as ações apenas com o mínimo necessário. Por outro lado, pode forçar a Administração a adotar medidas pré-processuais para evitar tais revezes, como a adaptação de seus normativos internos para prevenir o ajuizamento de ações judiciais. Mas mesmo tal indução pode não ser suficiente para aperfeiçoar a análise caso a caso, uma vez que os custos para adotar essas providências podem tornar tais precauções inviáveis.

REFERÊNCIAS

AKERLOF, George A. The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*. Vol. 84, n. 3., p. 488/500. 8/1970.

BEDÊ, Marco Aurélio (coordenador). *Produtores Rurais no Brasil 2001 a 2014*. Brasília: Sebrae, 2016.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 14. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

COASE, Ronald Harry. *A Firma, o Mercado e o Direito*. Tradução Heloisa Gonçalves Barbosa; revisão técnica Alexandre Veronese, Lucia Helena Salgado e Antonio José Maristello Porto; revisão final Otavio Luiz Rodrigues Junior; estudo introdutório Antonio Carlos Ferreira e Patrícia Cândido Alves Ferreira. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017.

DELFINO, Lúcio; COSTA, Eduardo José da Fonseca; RAMOS NETO, Newton Pereira. *Existe um Direito Processual para a Previdência Social?* Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mai-16/existe-direito-processual-previdencia-social>. Acesso em 10 jun. 2018.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA; Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 13. ed. Salvador: Jus Podivm, 2018.

LEAL, Bruno Bianco; PORTELA, Felipe Mêmolo. *Previdência em Crise: diagnóstico e análise econômica do direito previdenciário*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. Tradução Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 138.

MANKIW, N. Gregory. *Introdução à Economia*. Tradução Allan Vidigal Hastings, Elisete Paes e Lima, Ez2 Translate; revisão técnica Manuel José Nunes Pinto. 3ª reimpressão da 3. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2016.

SAVARIS, José Antonio. *Direito Processual Previdenciário*. 7. ed. Curitiba: Alteridade Editora, 2018.

VARIAN, Hal R. *Microeconomia: uma abordagem moderna*. Tradução Regina Célia Simille de Macedo. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2016.

ARBITRAGEM E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Arbitration and state's of São Paulo public administration

Jéssica Helena Rocha Vieira Couto[1]

SUMÁRIO Introdução. 1. Conceitos essenciais. 2. Direcionamentos e espaço amostral. 2.1. Breves linhas sob o viés da análise econômica do direito. 2.2. Espaço amostral. 3. Análise dos parâmetros comparativos. 3.1. Celeridade do procedimento. 3.2. Custos da arbitragem; 3.3. Arbitragem institucional ou *ad hoc*; 3.4. Escolha da câmara e árbitros. 3.5. Existência de financiamento externo. 3.6. Objeto das pretensões deduzidas. Conclusão. Referências.

RESUMO O presente artigo pretende, a partir de análise empírica, testar afirmações comuns acerca das vantagens e desvantagens da adoção do procedimento arbitral pela Administração Pública, destacando-se aspectos concernentes aos custos e à celeridade do procedimento. Busca, assim, fornecer critérios que subsidiem a tomada de decisão por parte dos gestores públicos acerca desse método alternativo de solução de controvérsias.

Palavras-chave: Arbitragem. Administração Pública. Estado de São Paulo. Análise empírica.

ABSTRACT This article intends, from an empirical analysis, to test common statements about the advantages and disadvantages of the adoption of the arbitration procedure by the Public Administration, highlighting aspects concerning the costs and the speed of the procedure. Thus, it seeks to provide criteria that support decision making by public managers about this alternative method of dispute resolution.

Keywords: Arbitration. Public administration. State of São Paulo. Empirical analysis.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende traçar um panorama dos casos submetidos à arbitragem no âmbito do estado de São Paulo e, a partir da análise comparativa, testar algumas das afirmações corriqueiras acerca do procedimento arbitral.

Inicialmente, há necessidade de definir conceitos essenciais, até para bem demonstrar a relevância do tema, passando por uma breve visualização sob a ótica da análise econômica do direito.

Os critérios de base utilizados concernem à: (i) celeridade procedimental, (ii) custos, (iii) procedimento arbitral institucional ou *ad hoc*, (iv) escolha da instituição

[1] Procuradora do estado de São Paulo. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Mackenzie; em Direito Administrativo, pela Fundação Getúlio Vargas – GVLAW; e em Direito e Economia, pela Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo. Possui MBA em Economia e Gestão, pela Escola de Economia da Fundação Getúlio Vargas – EESP/FGV.

e árbitros, (v) discricionariedade de submissão do feito à arbitragem e (vi) principais temas objeto das pretensões deduzidas.

Assim, conquanto não se pretenda esgotar o tema, até pela exiguidade da amostra obtida, o trabalho busca trazer mais informações, de modo a subsidiar a tomada de decisão por parte dos gestores públicos.

1. *CONCEITOS ESSENCIAIS*

Mesmo após a publicação da Lei federal nº 9.307, em 23 de setembro de 1996, muito se discutiu sobre a possibilidade de a Administração Pública submeter-se à arbitragem.

As divergências envolviam não apenas o conceito de arbitrabilidade subjetiva, como o de arbitrabilidade objetiva (apenas conflitos relacionados a direitos patrimoniais disponíveis podem ser submetidos à arbitragem).

Como assevera Ricardo Medina Salla[2]:

> Arbitrabilidade é o termo que define sobre critérios *ratione materiae* e *ratione personae* parâmetros daquilo que se pode levar à arbitragem, isto é, o tipo de matéria que pode ser julgada em sede arbitral, e de quem pode se submeter à arbitragem, ou seja, as pessoas habilitadas a se utilizarem desse mecanismo.
>
> Da conceituação acima, permite-se entender que a arbitrabilidade é vista sob duas perspectivas, as quais, metodologicamente, se costumam chamar (i) arbitrabilidade subjetiva e (ii) arbitrabilidade objetiva.
>
> Dessa forma, para verificarmos se alguém está legitimado a se socorrer da arbitragem para resolver algo, devemos efetuar a intersecção da qualificação das partes com o objeto da controvérsia. Daí sendo as partes legalmente aptas e o litígio passível de ser arbitralmente julgado, entende-se que a questão está dentro do campo da arbitrabilidade, sendo, portanto, arbitrável.

Assim, não obstante a Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015, tenha trazido expressa autorização legal para a submissão de conflitos travados pelo Poder Público à arbitragem[3], na linha de outros diplomas específicos[4], saneando, assim, eventuais

---

[2] SALLA, Ricardo Medina. *Arbitragem e Administração Pública*. São Paulo: Quartier Latin. 2014, p. 35.

[3] Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015.)

§ 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015.)

[4] Cite-se, nesse passar, *v. g.*: Lei nº 8.693/1993, Lei nº 8.987/1995, Lei nº 9.472/1997, Lei nº 9478/1997, Lei nº 10.233/2001, Lei nº 11.079/2004, Lei nº 11.668/2008 e Lei nº 11.909/2009.

controvérsias quanto à arbitrabilidade subjetiva, o ponto concernente à arbitrabilidade objetiva parece remanescer.

De fato, argumenta-se que os conflitos travados pelo Poder Público não seriam dotados de arbitrabilidade objetiva por diversas razões, a mais relevante vem calcada em fundamento axiológico, qual seja, a indisponibilidade do interesse público.

Nesse sentido, Alex Hatanaka[5] sustenta que esta "nebulosidade que ainda envolve os limites entre os direitos patrimoniais disponíveis e os indisponíveis, no contexto da Administração Pública", é a principal desvantagem do instituto, cuja viabilidade demanda "análise caso a caso, lastreada em conceitos poucos objetivos".

Com efeito, o contexto de incerteza prejudica a tomada de decisão por parte dos gestores públicos que, acertadamente, ficam receosos quanto à elevada probabilidade de futuro e eventual apontamento e responsabilização pessoal pelos órgãos de controle.

Sobre o ponto, interessante observar as disposições do Decreto federal nº 10.025, de 20 de setembro de 2019[6], que, ao regulamentar os critérios de arbitragem para dirimir litígios no âmbito do setor portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, estabelece, em seu artigo 2º, parágrafo único, estarem incluídos entre os litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis que podem ser objeto de arbitragem, entre outros:

> I - as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos;
>
> II - o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de parceria; e
>
> III - o inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes, incluídas a incidência das suas penalidades e o seu cálculo.

Nota-se, pois, que diante da ausência de repertório jurisprudencial consistente sobre o tema, tem sido adotada a via legislativa e regulamentar no intento de conferir maior segurança aos gestores públicos e à sociedade.

2. DIRECIONAMENTOS E ESPAÇO AMOSTRAL

2.1. *Breves linhas sob o viés da análise econômica do direito*

Muito embora não haja estudos empíricos que a comprovem, é comum afirmação no sentido de que a inclusão de cláusula arbitral poderia reduzir os custos de transação de contratos celebrados pela Administração Pública.

---

[5] HATANAKA, Alex. *O Poder Público e a Arbitragem após a Reforma da Lei nº 9.307/1996*. RBA nº 49 – jan.-mar./2016, p. 29.

[6] Que revogou o Decreto federal nº 8.465, de 8 de junho de 2015.

Os principais pontos considerados positivos no método alternativo de solução de conflitos seriam a celeridade por ele proporcionada, haja vista a impossibilidade de interposição de numerosos recursos, aliada à especialização dos árbitros, familiarizados com a matéria objeto do processo, o que implicaria a redução de assimetria de informações e de custos de transação.

Diante das características acima expostas, a previsão de resolução de conflitos por meio da arbitragem permitiria gerar incentivo para o cumprimento espontâneo das cláusulas contratuais, reduzindo condutas oportunistas das partes.

Nesse sentido, Maria da Graça Ferraz de Almeida Prado[7] aduz que "as bases teóricas justificam à arbitragem um potencial de estímulo à cooperação e à confiança contratual", e continua:

> Também se chamou a atenção ao incremento de eficiência que a arbitragem pode gerar sobre o cumprimento contratual, ao reduzir o oportunismo, estimular o desempenho contratual e alargar o campo probabilístico de autocumprimento das obrigações.

Com efeito, são corriqueiras afirmações no sentido de que a admissão do procedimento arbitral atrairia investidores estrangeiros para os projetos públicos, em razão, sobretudo, da junção das vantagens comparativas acima mencionadas ante o processo judicial.

Sobre o tema, José Maria Rossani Garcez afirma:

> Nos casos dos contratos internacionais, a comunidade internacional de negócios apresenta marcada preferência pela solução arbitral, utilizada em cerca de 80% das questões deles originárias. Em alguns tipos de contratos internacionais, como nos de construção de complexos industriais, transporte marítimo e da indústria do petróleo, essa preferência aproxima-se de 100%[8].

Ademais, alega-se que a morosidade inerente ao curso das demandas submetidas ao Poder Judiciário implicaria a elevação de custos operacionais, mormente em contratos de longo prazo, tais como os de concessão, que podem ensejar diversas demandas no curso de sua execução, cuja rápida solução contribuiria para melhor estabilização da relação havida entre as partes.

De fato, os custos derivados de contendas levadas ao Poder Judiciário não se restringem às taxas e despesas processuais, mas também devem considerar o custo do tempo e os aspectos relacionados a temas técnicos específicos, não corriqueiros no âmbito dos Tribunais, o que somente faz elevar a deletéria assimetria de informações.

---

[7] PRADO, Maria da Graça Ferraz de Almeida. *A Economia da Arbitragem.* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018. p. 181.

[8] GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e arbitragem*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 75.

Em tese, tais pontos seriam precificados por grandes investidores, mormente aqueles atuantes em áreas de infraestrutura.

Desse modo, com espeque em fundamentos de eficiência, e a despeito da ausência de dados empíricos, os entusiastas do instituto trazem diversos argumentos favoráveis à submissão de conflitos que envolvam questões técnicas relevantes e valores vultosos à arbitragem, ainda que uma das partes da relação seja a Administração Pública.

Entretanto, tal possível precificação favorável seria desprezada ante a insegurança jurídica existente, sobretudo no âmbito das Cortes de Contas que, ainda hoje, negam aplicabilidade do procedimento a questões afetas ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

Para aferir se tais argumentos se verificam em concreto, as contendas submetidas à arbitragem no âmbito do estado de São Paulo foram adotadas como base para pesquisa, como se verá nos próximos capítulos.

2.2. *Espaço amostral*

O presente trabalho adota como paradigma cinco litígios submetidos à solução arbitral havidos no âmbito do estado de São Paulo, quais sejam:

(i) arbitragem CCI nº 15.086, entre o Consórcio Calha F2 (Brasil), constituído pelas empresas CBPO Engenharia Ltda., Construtora Queiroz Galvão e Construcap CCPS – Engenharia e Comércio S.A., em face do Departamento de Águas e Energia Elétrica - DAEE, autarquia do estado de São Paulo, instaurada no ano de 2007;

(ii) arbitragem CCI nº 15.283, entre o Consórcio Via Amarela, constituído pelas empresas CBPO Engenharia Ltda., Construtora OAS Ltda., Construtora Queiroz Galvão S.A., Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A., Construtora Andrade Gutierrez S.A. e Alstom Transport S.A., em face da Companhia do Metropolitano de São Paulo – Metrô, instaurada no ano de 2007;

(iii) arbitragem CCI nº 19.241, entre a Alstom Brasil Energia e Transporte Ltda. e, de outro lado, o estado de São Paulo e a Companhia do Metropolitano de São Paulo – Metrô, instaurada no ano de 2013;

(iv) arbitragem CCI nº 20.581, entre o Consórcio Tiisa/Consbem/ Serveng, constituído pelas empresas Tiisa Infraestrutura e Investimentos S.A.; Consbem – Construções e Comércio Ltda. e Serveng Civilsan S.A. – Empresas Associadas de Engenharia, e, do outro lado, o estado de São Paulo e a Companhia Paulista de Trens Metropolitanos – CPTM, instaurada em 2014; e

(v) arbitragem *ad hoc* entre Construcciones y Auxiliar de Ferrocariles S.A. – CAF e, do outro lado, o estado de São Paulo e a Companhia do Metropolitano de São Paulo – Metrô, instaurada no ano de 2015.

A partir da adoção de metodologia qualitativa, foram traçados parâmetros comparativos entre os casos, de modo a buscar respostas para os pontos decisórios mais sensíveis, que serão abordados de forma apartada nos capítulos a seguir.

Com efeito, a grande dúvida que ronda o tema está no acerto ou não da eleição do procedimento, vale dizer, nas possíveis vantagens ou desvantagens da inclusão da cláusula arbitral nos contratos da Administração. Desse modo, os pontos selecionados buscarão fornecer alguns elementos para essa difícil resposta.

Nessa linha, cumpre destacar a identificação dos seguintes aspectos: valor estimado da disputa, custos da arbitragem, pretensões envolvidas, tempo transcorrido entre a instauração da arbitragem e a prolação da decisão de mérito e existência de condicionante externa, como, por exemplo, cláusula de financiamento que determine ao mutuário (estado de São Paulo) a inclusão da cláusula arbitral.

3. ANÁLISE DOS PARÂMETROS COMPARATIVOS

No presente capítulo serão comparados os principais parâmetros identificados como mais sensíveis nas arbitragens havidas na Administração Paulista.

3.1. *Celeridade do procedimento*

A celeridade do procedimento arbitral é considerada por grande parte da doutrina e dos entusiastas do instituto como uma de suas maiores vantagens em face do processo judicial, sabidamente moroso.

Para efeito do estudo aqui pretendido, será adotado como marco inicial da arbitragem o quanto estipulado no artigo 19 da Lei federal nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, com alterações posteriores, segundo o qual se considera instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, quando único, ou por todos os árbitros, se forem vários.

Nos casos em que não houve a identificação precisa de referida data, será adotada a da lavratura da Ata de Missão (para os procedimentos perante a Câmara de Comércio Internacional-CCI) ou do Termo de Arbitragem.

Assim, em média[9], dos casos analisados, o tempo entre o início do procedimento arbitral e a prolação de sentença foi de 2 (dois) anos[10].

---

[9] CCI nº 15.086/CCO - Ata de Missão subscrita em 28 de março de 2008 e sentença em 14 de junho de 2011; CCI nº 15.283/JRF - árbitros confirmados em 30 de novembro de 2007 e sentença em 18 de julho de 2009; CCI nº 19.241/ASM Ata de Missão assinada em 22 de outubro de 2013 e sentença em 27 de janeiro de 2016 (homologação de acordo); CCI nº 20.581/ASM - árbitros confirmados em 29 de janeiro de 2015 e sentença em 10 de janeiro de 2017; arbitragem *ad hoc* CAF x Fesp e Metrô - celebração do Termo de Arbitragem em 29 de maio de 2015 e sentença em 9 de junho de 2016.

[10] Tal dado empírico parece ser confirmado pela previsão contida no artigo 8º, II, do Decreto federal nº 10.025, de 20 de setembro de 2019, que assim estabelece:

"Art. 8º No procedimento arbitral, deverão ser observados os seguintes prazos:

I - o prazo mínimo de sessenta dias para resposta inicial; e

II - o prazo máximo de vinte e quatro meses para a apresentação da sentença arbitral, contado da data de celebração do termo de arbitragem.

No entanto, impera considerar que a análise do tema mediante adoção do critério legal pode não se refletir adequadamente no lapso temporal envolvido no curso do procedimento arbitral.

De fato, nos casos avaliados, foi possível observar a existência de considerável período entre o requerimento de instauração do procedimento arbitral por uma das partes e a indicação e aceitação dos árbitros.

Cite-se, como exemplo, (i) no caso CCI nº 15.086/CCO, o requerimento foi protocolizado em 23 de julho de 2007, mas o início do procedimento somente ocorreu em 28 de março de 2008 e (ii) no caso CCI nº 19.241/ASM, o requerimento foi protocolizado em 29 de janeiro de 2013, mas o início do procedimento ocorreu em 22 de outubro de 2013.

Note-se, pois, que o lapso temporal transcorrido entre a protocolização do requerimento e o início legal da arbitragem foi bastante alongado, não podendo ser desprezado.

Nesse sentido, o novo Regulamento da Câmara de Comércio Internacional, de 2017, reduziu, como regra, para um mês o prazo para o estabelecimento da Ata de Missão.

> Artigo 23
>
> (...)
>
> 2. A Ata de Missão deverá ser assinada pelas partes e pelo tribunal arbitral. Dentro de 30 dias após os autos lhe terem sido transmitidos, o tribunal arbitral deverá transmitir à Corte a Ata de Missão assinada pelos árbitros e pelas partes. A Corte poderá prorrogar esse prazo, atendendo a um pedido fundamentado do tribunal arbitral ou por sua própria iniciativa, se julgar necessário fazê-lo.

Consultado o informativo *Justiça em Números*[11], contendo os dados estatísticos do Poder Judiciário no ano de 2016, foi possível verificar que o prazo médio para prolação de sentenças de primeiro grau em processos na fase de conhecimento em trâmite perante a Justiça Comum é de 1 (um) ano e 9 (nove) meses.

Desse modo, é possível concluir que a apontada celeridade estaria relacionada à inexistência de recursos, como regra, no procedimento arbitral, ao contrário do que se dá no curso do processo judicial.

Vale dizer, ao que parece, o grande ganho temporal existente no curso do procedimento arbitral diz respeito à ausência de recursos para reversão das decisões de mérito, e não propriamente à celeridade para prolação das sentenças arbitrais.

Parágrafo único. O prazo a que se refere o inciso II do *caput* poderá ser prorrogado uma vez, desde que seja estabelecido acordo entre as partes e o período não exceda quarenta e oito meses."

[11] Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/e5b5789fe59c137d43506b2e4ec4ed67.pdf>. Acesso em 26 de maio de 2018.

Sobre o ponto, cumpre destacar a previsão contida no artigo 10, § 4º, do Decreto nº 46.245 do estado do Rio de Janeiro, de 19 de fevereiro de 2018, segundo o qual, como regra, passível de alteração por acordo entre as partes, nas arbitragens que envolvam o estado do Rio de Janeiro ou entidades de sua Administração Indireta, o prazo para prolação da sentença arbitral, que será de 60 (sessenta) dias corridos, contados da apresentação da resposta às alegações finais, admitindo-se uma prorrogação por igual prazo.

Previsão semelhante poderia ser adotada em cláusulas dos contratos administrativos cuja solução de controvérsias seja submetida à arbitragem.

Contudo, cabe à Administração avaliar se, de fato, a ausência de recursos seria um ponto positivo a ser considerado, mormente face ao disposto no artigo 496 do Novo Código de Processo Civil, que regra a remessa necessária de decisões contrárias à Fazenda Pública, permitindo a reavaliação do processado diante de decisão desfavorável ao Poder Público.

Convém destacar previsão contida no artigo 34 do Regulamento da Câmara de Comércio Internacional - CCI, segundo a qual:

> Antes de assinar qualquer sentença arbitral, o tribunal arbitral deverá apresentá-la sob a forma de minuta à Corte. A Corte poderá prescrever modificações quanto aos aspectos formais da sentença e, sem afetar a liberdade de decisão do tribunal arbitral, também poderá chamar a atenção para pontos relacionados com o mérito do litígio. Nenhuma sentença arbitral poderá ser proferida pelo tribunal arbitral antes de ter sido aprovada quanto à sua forma pela Corte.

Como se vê, a adoção do regulamento acima, embora não implique a possibilidade de revisão do mérito da sentença por instância recursal, contém a garantia de que a Corte, ao menos, poderá realizar alertas aos árbitros quanto ao mérito do litígio a eles submetido, o que representa diferencial da CCI, podendo ser adotado por outras instituições.

Outrossim, como ressaltado por Alex Hatanaka[12], a maior celeridade do procedimento deve ser considerada pela Administração Pública sob o prisma das "prerrogativas do Poder Público em juízo que pautam o trabalho da Advocacia Pública e de todas as áreas do aparato público envolvidas no levantamento de documentos e informações para a defesa de seus interesses", assim, é imperiosa a adaptação do fluxo de trabalho no âmbito da Administração como um todo, de modo a não prejudicar a defesa de seus interesses no curso do procedimento arbitral.

[12] HATANAKA, Alex. *O Poder Público e a Arbitragem após a Reforma da Lei nº 9.307/1996*. RBA nº 49 – jan.-mar./2016. p. 33-34.

3.2. Custos da arbitragem

Aspecto bastante relevante do procedimento arbitral está relacionado aos seus custos, incluindo-se o valor dos honorários pagos aos árbitros, despesas do Tribunal e custos administrativos.

Dos casos analisados, apenas duas sentenças indicaram o valor dos custos da arbitragem, ambos na Câmara de Comércio Internacional - CCI.

O primeiro foi o CCI nº 15.086/CO, com sentença proferida em 14 de junho de 2011 e custo de US$ 359.000,00 (trezentos e cinquenta e nove mil dólares)[13], ou R$ 606.710,00 (seiscentos e seis mil, setecentos e dez reais). O valor estimado da disputa era de R$ 40.390.877,98 (quarenta milhões, trezentos e noventa mil, oitocentos e setenta e sete reais e noventa e oito centavos). Assim, os custos alcançaram cerca de 1,5% (um e meio por cento) do valor da causa.

O segundo foi o CCI nº 20.581/ASM, com sentença prolatada em 10 de janeiro de 2017 e custos de US$ 600.000,00 (seiscentos mil dólares)[14], ou R$ 1.914.720,00 (um milhão, novecentos e quatorze mil, setecentos e vinte reais), sendo que o valor estimado da disputa foi fixado em R$ 49.219.336,13 (quarenta e nove milhões, duzentos e dezenove mil, trezentos e trinta e seis reais e treze centavos). Os custos representaram aproximadamente 4% (quatro por cento) do valor da causa.

Note-se que os custos acima expressam valor muito elevado e que se destina, exclusivamente, à realização do procedimento arbitral, não se confundindo com os valores de condenação, os quais seriam a eles acrescidos.

Como afirma Marçal Justen Filho[15], "o desembolso do montante pertinente à arbitragem apresenta natureza de liquidação de despesas e emolumentos extrajudiciais", vale dizer, "despesa necessária ao custeio das atividades de jurisdição não estatal".

Nada obstante, como se vê, a amostra utilizada para análise é bastante diminuta, impedindo conclusões mais assertivas.

Interessante, nesse ponto, trazer como ilustração o disposto no artigo 85, § 3º, do Novo Código de Processo Civil, segundo o qual, nas causas em que for parte a Fazenda Pública, a fixação dos honorários de sucumbência se submeterá ao seguinte critério de proporcionalidade:

> I - mínimo de dez e máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido até 200 (duzentos) salários mínimos;

[13] Cotação de R$ 1,69. Disponível em: http://www.portalbrasil.net/2011/economia/dolar_riscopais_junho.htm>. Acesso em: 26 mai. 2018.

[14] Cotação de R$ 3,1912 para compra. Disponível em: <http://www.f24.com.br/cotacao-moeda/2017/01/10/294505-dolar-dia-10-01-2017>. Acesso em 26 mai 2018.

[15] JUSTEN FILHO, Marçal. *Administração Pública e Arbitragem: o vínculo com a Câmara de Arbitragem e os Árbitros*, p. 29.

> II - mínimo de oito e máximo de dez por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 200 (duzentos) salários mínimos até 2.000 (dois mil) salários mínimos;
>
> III - mínimo de cinco e máximo de oito por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 2.000 (dois mil) salários mínimos até 20.000 (vinte mil) salários mínimos;
>
> IV - mínimo de três e máximo de cinco por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 20.000 (vinte mil) salários mínimos até 100.000 (cem mil) salários mínimos;
>
> V - mínimo de um e máximo de três por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 100.000 (cem mil) salários mínimos.

Entretanto, como mencionado, os custos do procedimento arbitral não incluem os valores de condenação, nem mesmo, e em regra, os honorários devidos aos patronos da outra parte, os quais seriam a eles acrescidos.

Quanto aos honorários advocatícios, vigora na arbitragem o princípio da autonomia da vontade, podendo as partes livremente dispor sobre os honorários sucumbenciais. Este o teor do artigo 27 da Lei de Arbitragem:

> Artigo 27. A sentença arbitral decidirá sobre a responsabilidade das partes acerca das custas e despesas com a arbitragem, bem como sobre verba decorrente de litigância de má-fé, se for o caso, respeitadas as disposições da convenção de arbitragem, se houver.

No entanto, alguns regulamentos, como o da Câmara de Comércio Internacional, os preveem como despesa a ser ressarcida pela parte vencida, nos seguintes termos:

> Artigo 38. Os custos da arbitragem incluem os honorários e despesas dos árbitros e as despesas administrativas da CCI fixados pela Corte em conformidade com as tabelas em vigor na data da instauração da arbitragem, bem como os honorários e despesas de quaisquer peritos nomeados pelo tribunal arbitral, e as despesas razoáveis incorridas pelas partes para a sua representação na arbitragem.

Recomendável, pois, que a Administração disponha sobre o assunto nas cláusulas contratuais, de modo a tornar mais previsível o montante a ser despendido no curso do procedimento arbitral, prevendo, por exemplo, que cada parte será responsável pelos custos de sua representação.

Tal previsão torna-se ainda mais relevante nos procedimentos em que pessoas jurídicas de direito público sejam partes, haja vista que sua representação é feita por servidores públicos, diferentemente do que ocorre com a parte adversa.

Nesse sentido, o artigo 9º, § 6º, do Decreto federal nº 10.025, de 20 de setembro de 2019[16], dispõe:

> Art. 9º As custas e as despesas relativas ao procedimento arbitral serão antecipadas pelo contratado e, quando for o caso, restituídas conforme deliberação final em instância arbitral, em especial:
>
> (...)
>
> § 6º Na hipótese de condenação em honorários advocatícios, serão observadas as regras estabelecidas no art. 85 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil, excluído o ressarcimento, por quaisquer das partes, de honorários contratuais.

Na mesma linha, o item 7 do § 1º do artigo 4º do Decreto paulista nº 64.345, de 31 de julho de 2019, segundo o qual as convenções de arbitragem a serem utilizadas pela Administração Pública deverão conter vedação de condenação da parte vencida ao ressarcimento dos honorários advocatícios contratuais da parte vencedora, aplicando-se, por analogia, o regime de sucumbência previsto no Novo Código de Processo Civil.

Outro aspecto que deve ser considerado é a necessidade de adiantamento das custas, como regra, nos procedimentos arbitrais, o que representa um grande desafio para a Administração, cujas despesas devem estar previstas na Lei Orçamentária, com proposta ofertada no ano anterior ao de sua vigência, impedindo, ou dificultando sobremaneira, a imediata disponibilidade de verbas para tal fim.

Sobre o ponto, o artigo 9º do Decreto estadual nº 46.245, de 19 de fevereiro de 2018, do estado do Rio de Janeiro, estatui que as despesas com a realização da arbitragem, incluídos os honorários dos árbitros, eventuais custos de perícias e demais despesas com o procedimento, devem ser adiantadas pelo contratado quando a instauração do procedimento arbitral for por ele requerida. Quer parecer, assim, que na hipótese de requerimento inaugural pela Administração, essa deve adiantar os depósitos necessários, o que, a depender dos valores envolvidos, poderia figurar como verdadeiro impeditivo para a atuação da Administração Pública.

Na mesma linha, o artigo 4º, § 1º, item 5, do Decreto paulista nº 64.356, de 31 de julho de 2019.

3.3. *Arbitragem institucional ou ad hoc*

Como cediço, a arbitragem pode ser institucional, quando uma Câmara ou instituição preexistente é responsável por administrar o procedimento, o que faz com base em um regulamento, ou *ad hoc,* quando as partes ou árbitros estabelecem as

[16] Que revogou o Decreto federal nº 8.465, de 8 de junho de 2015.

regras que serão observadas para aquele caso específico, não havendo uma instituição envolvida, o que, em tese, poderia reduzir os custos do procedimento.

Contudo, a primeira dificuldade da arbitragem *ad hoc* está relacionada à possível falta de consenso quanto às regras que serão seguidas, valendo mencionar o provável aumento do valor dos honorários do(s) árbitro(s) que passaria(m) a cumular funções de administração do procedimento, compensando, assim, as reduções obtidas com custos administrativos.

Dos casos analisados, foi possível depreender que quatro adotaram procedimento institucional, todos conduzidos no âmbito da Câmara de Comércio Internacional[17]. Um deles, no ano de 2015, seguiu a arbitragem *ad hoc,* com submissão ao regulamento da United Nations Commission on International Trade Law - UNCitral.

Conquanto não se tenha informações acerca de eventuais pontos de distinção no curso do procedimento, foi possível observar algumas diferenças quanto à estruturação e conteúdo da sentença arbitral em prol da arbitragem institucional.

No âmbito federal, o artigo 3º, V, do Decreto nº 10.025, de 20 de setembro de 2019[18], estatui preferência para arbitragem institucional, admitindo, contudo e mediante justificativa, a arbitragem *ad hoc*. Há previsão semelhante no artigo 3º do Decreto paulista nº 64.356, de 31 de julho de 2019.

No estado de Minas Gerais, a Lei estadual nº 19.477, de 12 de janeiro de 2011, fixa a regra de submissão à arbitragem institucional, ao assim dispor:

> Art. 4º O juízo arbitral, para os fins desta Lei, instituir-se-á exclusivamente por meio de órgão arbitral institucional.

Também o Decreto nº 42.245, de 19 de fevereiro de 2018, do estado do Rio de Janeiro, fixa como regra a arbitragem institucional, com destaque para seu artigo 8º, segundo o qual o contratado escolherá, no momento da celebração do instrumento contratual, o órgão arbitral institucional entre aqueles previamente cadastrados junto à Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro. O artigo 14 de aludido diploma regulamentar traz os requisitos necessários para o cadastramento, quais sejam:

> I - disponibilidade de representação no estado do Rio de Janeiro;
>
> II - estar regularmente constituído há, pelo menos, cinco anos;
>
> III - estar em regular funcionamento como instituição arbitral;
>
> IV - ter reconhecida idoneidade, competência e experiência na administração de procedimentos arbitrais, com a comprovação na condução de, no mínimo, quinze arbitragens no ano-calendário anterior ao cadastramento.

[17] Ao que consta, a Câmara teria sido fixada no âmbito dos contratos de financiamento externo celebrados pela Administração Pública paulista.

[18] Que revogou o Decreto federal nº 8.465, de 8 de junho de 2015.

A escolha pela arbitragem institucional possui outra vantagem comparativa em favor dos contratados, ante a possibilidade de prévio conhecimento das regras procedimentais das principais câmaras internacionais.

3.4. Escolha da câmara e árbitros

Ponto bastante relevante das discussões atinentes à arbitragem e à Administração Pública está na escolha de câmaras e de árbitros.

Com efeito, até pela peculiaridade do procedimento, o corpo de árbitros das principais Câmaras é praticamente idêntico, o que, se por um lado favorece a especialidade dos mesmos quanto ao procedimento em si, por outro acaba resultando em perigosa reserva de mercado.

Todavia, cumpre observar que a Lei de Arbitragem possibilita às partes, de comum acordo, estabelecer o processo de escolha dos árbitros e afastar a aplicação exclusiva de aludidas listas.

> Artigo 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.
>
> (...)
>
> § 4º As partes, de comum acordo, poderão afastar a aplicação de dispositivo do regulamento do órgão arbitral institucional ou entidade especializada que limite a escolha do árbitro único, coárbitro ou presidente do tribunal à respectiva lista de árbitros, autorizado o controle da escolha pelos órgãos competentes da instituição, sendo que, nos casos de impasse e arbitragem multiparte, deverá ser observado o que dispuser o regulamento aplicável.

Nos cinco casos analisados, foram indicados, ao todo, 15 (quinze) árbitros, com a coincidência de dois árbitros em dois procedimentos distintos.

Sobre o ponto, salutar a previsão contida nos artigos 11 e 12 do Decreto nº 46.245, de 19 de fevereiro de 2018, do estado do Rio de Janeiro, os quais estabelecem os requisitos para que um profissional possa ser aceito como árbitro[19]. No mesmo sentido, o artigo 5º da Lei mineira nº 19.477, de 12 de janeiro de 2011. Nesse, seu inciso IV fixa como requisito "ser membro de câmara arbitral inscrita no Cadastro Geral de Fornecedores de Serviços do Estado", opção bastante controvertida.

[19] Relevante destacar que a Orientação Normativa nº 57, de 29 de agosto de 2019, da Advocacia-Geral da União, trouxe importante diretriz institucional ao assim dispor: "o exercício de atividades privadas relacionadas às soluções alternativas de disputas e conflitos (arbitragem, mediação, conciliação e negociação) e o exercício de atividades privadas relacionadas à *compliance* são incompatíveis com o exercício dos cargos das carreiras jurídicas da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria-Geral federal e da Procuradoria-Geral do Banco Central".

Digno de nota que, no âmbito do estado de São Paulo, a designação de árbitros pela Administração Pública direta e suas autarquias será precedida de aprovação pelo procurador-geral do Estado (artigo 5º, parágrafo único, do Decreto paulista nº 64.356, de 31 de julho de 2019).

Quanto à escolha de Câmaras, o estado do Rio de Janeiro trouxe a necessidade de prévio cadastramento, mediante critérios objetivos, de modo a permitir um leque de instituições aptas a conduzir o procedimento, cuja escolha, ao final, caberá ao contratado, reduzindo, assim, eventuais questionamentos e divergências. De fato, de acordo com o regramento de mencionado edito, a contratação da Câmara não pode ser vista como ato exclusivo da Administração.

Marçal Justen Filho critica a "solução do credenciamento"[20], nos seguintes termos:

> Outra solução que também não pode ser adotada é a do credenciamento.
>
> (...)
>
> 12.8.1 - A figura do credenciamento
>
> 218. O credenciamento consiste num ato administrativo unilateral por meio do qual a Administração estabelece requisitos de habilitação de potenciais interessados em contratar com ela, promovendo contratações sucessivas, de modo indistinto, com os diversos credenciados.
>
> 12.8.2 - O tratamento isonômico para todos os credenciados
>
> 219. Em termos práticos, o credenciamento resulta numa situação de ausência de diferenciação entre os diversos credenciados. Todos os que preencherem os requisitos de credenciamento devem ser tratados de modo isonômico, inclusive, para o efeito de serem contratados em condições razoavelmente aleatórias.
>
> 12.8.3 - O credenciamento de árbitros
>
> 220. Ainda em termos práticos, o credenciamento de árbitros e de câmaras de arbitragem se traduziria numa espécie de banco de dados contendo nomes de sujeitos distintos. Em cada situação concreta, haveria a escolha de um desses nomes – presumindo-se que todos os que se encontram credenciados dispõem de condições de idêntica performance.
>
> 12.8.4 - O problema enfrentado
>
> 221. O problema produzido pela adoção do credenciamento é a ausência de possibilidade de seleção fundada em critérios específicos, especialmente a avaliação fundada em razões diferenciadas. Há o enorme risco de admissão

[20] Também adotada no âmbito do estado de São Paulo, nos termos dos artigos 13 a 15 do Decreto paulista nº 64.356, de 31 de julho de 2019.

> de credenciamento a sujeitos que dispõem de documentos de habilitação exigidos, mas que não se encontram em condições de desempenho satisfatório.[21]

Ainda sobre o tema, o artigo 7º, § 3º, do revogado Decreto federal nº 8.465, de 8 de junho de 2015, estabelecia que as escolhas de árbitro ou de instituição arbitral deveriam ser consideradas como hipóteses de contratações diretas, por inexigibilidade de licitação, muito embora seja prevalente o entendimento no sentido de que os árbitros não podem ser caracterizados como prestadores de serviços nos moldes previstos pela Lei de Licitações, a permitir, pois, a indicação direta pela Administração, independentemente da realização de certame licitatório. Nesse sentido, no âmbito da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, o Parecer GPG nº 01/2015. Registre-se, outrossim, que o vigente Decreto federal nº 10.025, de 20 de setembro de 2019[22], não reproduziu tal dispositivo.

Marçal Justen Filho[23] afirma que "a arbitragem não é um contrato entre as partes litigantes e os árbitros (e câmara de arbitragem), o que conduz à ausência de submissão da escolha do árbitro" aos ditames da Lei de Licitações e, portanto, não se haveria de falar nem mesmo em inexigibilidade de licitação.

O autor afirma, também, que a "tese da inexigibilidade" conduziria a outras falhas, tais como a formalização por escrito contendo, expressamente, (i) prazo de vigência, (ii) obrigações das partes, (iii) preço etc. Conclui que, em verdade, e diferentemente do que ocorre em relação às câmaras, "o árbitro é um sujeito investido de função jurisdicional, ainda que não integre a estrutura do estado", afirmando, ainda, que "a arbitragem é um instituto que se submete aos postulados fundamentais do direito público - ainda que não se configure como uma manifestação estatal"[24]. Já "a Câmara é um instrumento de apoio para o desempenho da função de arbitragem"[25].

3.5. *Existência de financiamento externo*

Como é cediço, os financiamentos externos têm grande importância para a realização de investimentos no Brasil. Segundo o Banco Mundial[26], "o Brasil possui um dos menores níveis de investimento em infraestrutura (2,1% do PIB) quando comparado aos seus pares", gargalo que deve ser superado para o próprio crescimento do país.

---

[21] JUSTEN FILHO, Marçal. *Administração Pública e arbitragem: o vínculo com a Câmara de Arbitragem e os árbitros,* p. 39-40.

[22] Que revogou o Decreto federal nº 8.465, de 8 de junho de 2015.

[23] *Op. cit.*, p. 32.

[24] Idem, p. 21.

[25] Idem, p. 37.

[26] Disponível em: <https://www.worldbank.org/pt/country/brazil/overview>. Acesso em 31 jan. 2019.

Nesse contexto, o artigo 42, § 5º, da Lei federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, estabelece que para a realização de contratações "com recursos provenientes de financiamento ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte, poderão ser admitidas, na respectiva licitação, as condições decorrentes de (...) normas daquelas entidades (...), desde que por elas exigidos para a obtenção do financiamento ou da doação (...)".

Assim, e no que concerne ao objeto do presente, releva destacar que, em regra, os agentes financeiros internacionais adotam diretriz de previsão da arbitragem como método de solução de disputas.

Nessa ordem de ideias, por exemplo, os itens 2.24 a 2.26 do *Regulamento de Aquisições para Mutuários de Operações de Financiamento de Projetos de Investimento do Banco Mundial*, versão de julho de 2016, trazem a obrigatoriedade de inclusão da arbitragem internacional, aceitando, todavia, a arbitragem nacional, na hipótese de considerar aceitáveis seus regulamentos e condições[27]*:*

> Foro e resolução de disputas
>
> 2.24 As condições contratuais das licitações públicas internacionais conterão cláusula sobre legislação aplicável e foro para resolução de conflitos. Todos os contratos de licitação pública internacional deverão prever mecanismos adequados de resolução de conflitos com a intervenção de terceiros, seja por meio de *Dispute Review Experts* (Especialistas em Análise de Divergências) ou de *Dispute Review Boards* (Juntas de Análise de Divergências).
>
> 2.25 A previsão de arbitragem comercial internacional em local neutro também deverá constar das condições contratuais, a menos que o banco considere aceitáveis os regulamentos e procedimentos de arbitragem nacionais, em termos de equivalência com a arbitragem comercial internacional, e a neutralidade do local, ou que o contrato tenha sido adjudicado a um Ofertante/Proponente/Consultor do país do mutuário.
>
> 2.26 O banco não será nomeado árbitro nem lhe será solicitado que nomeie árbitro. Não obstante, fica entendido que os funcionários do Centro Internacional para Arbitragem de Disputas sobre Investimentos (ICSID) terão liberdade para nomear árbitros, na qualidade de funcionários do ICSID.

Pois bem. Dos cinco casos analisados, quatro indicaram, expressamente, a existência de financiamento externo como fonte de custeio dos contratos, ainda que parcial. Em um deles, contudo, não foi possível localizar esse dado.

[27] Disponível em: <http:http://pubdocs.worldbank.org/en/867851494352635354/pdf/Regulamento0de-0tos0de0Investimento_1.pdf>. Acesso em 31 jan. 2019.

Desse modo, é possível concluir que, em tais situações, não houve, propriamente, uma opção por parte da Administração, diferentemente do que se verifica em recentes editais de concessões realizadas no âmbito do estado de São Paulo, como a PPP da Rodovia dos Tamoios e as concessões da chamada Rodovia dos Calçados e do Trecho Norte do Rodoanel Mário Covas, as quais contêm expressa submissão de eventuais litígios à arbitragem.

Quanto a esses últimos casos, não foi franqueado o acesso aos estudos que embasaram a decisão do Poder Concedente.

Cumpre destacar que, a partir do início da vigência do Decreto paulista nº 64.356, de 31 de julho de 2019, há previsão expressa segundo a qual cabe à autoridade responsável pela assinatura do instrumento obrigacional decidir a respeito da utilização da cláusula compromissória, salvo quando houver pronunciamento de órgão colegiado competente para traçar diretrizes do contrato, optando pelo seu emprego.

3.6. *Objeto das pretensões deduzidas*

O primeiro aspecto a ser destacado concerne ao valor estimado das disputas, todos acima de R$ 40.000.000,00 (quarenta milhões de reais), conquanto os contratos não trouxessem um valor mínimo para submissão ao procedimento arbitral.

Relevante consignar, nesse sentido, a salutar previsão contida no artigo 3º, do Decreto nº 42.245, de 19 de fevereiro de 2018, do estado do Rio de Janeiro, que fixa os contratos passíveis de inclusão de cláusulas compromissórias, quais sejam:

> (i) contratos de concessão de serviços públicos, sejam elas comuns, patrocinadas ou administrativas e
>
> (ii) contratos cujo valor exceda a R$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais). Vê-se, pois, que a regra de valor mínimo está fundada em evidente critério econômico de custo-benefício.

Mencionadas normas regulamentares ainda possibilitam seja voluntariamente firmado compromisso arbitral no momento do surgimento do litígio, mesmo diante da ausência de previsão no contrato ou no edital, o que vem ao encontro da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, consoante se depreende do julgamento do Recurso Especial nº 904.813/PR, assim ementado:

> PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. LICITAÇÃO. ARBITRAGEM. VINCULAÇÃO AO EDITAL. CLÁUSULA DE FORO. COMPROMISSO ARBITRAL. EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO DO CONTRATO. POSSIBILIDADE.
>
> 1. A fundamentação deficiente quanto à alegada violação de dispositivo legal impede o conhecimento do recurso. Incidência da Súmula 284/STF.

2. O reexame de fatos e provas em recurso especial é inadmissível.

3. A ausência de decisão sobre os dispositivos legais supostamente violados, não obstante a interposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial. Incidência da Súmula 211/STJ.

4. Não merece ser conhecido o recurso especial que deixa de impugnar fundamento suficiente, por si só, para manter a conclusão do julgado. Inteligência da Súmula 283 do STF.

5. Tanto a doutrina como a jurisprudência já sinalizaram no sentido de que não existe óbice legal na estipulação da arbitragem pelo poder público, notadamente pelas sociedades de economia mista, admitindo como válidas as cláusulas compromissórias previstas em editais convocatórios de licitação e contratos.

6. O fato de não haver previsão da arbitragem no edital de licitação ou no contrato celebrado entre as partes não invalida o compromisso arbitral firmado posteriormente.

7. A previsão do juízo arbitral, em vez do foro da sede da administração (jurisdição estatal), para a solução de determinada controvérsia, não vulnera o conteúdo ou as regras do certame.

8. A cláusula de eleição de foro não é incompatível com o juízo arbitral, pois o âmbito de abrangência pode ser distinto, havendo necessidade de atuação do Poder Judiciário, por exemplo, para a concessão de medidas de urgência; execução da sentença arbitral; instituição da arbitragem quando uma das partes não a aceita de forma amigável.

9. A controvérsia estabelecida entre as partes – manutenção do equilíbrio econômico financeiro do contrato – é de caráter eminentemente patrimonial e disponível, tanto assim que as partes poderiam tê-la solucionado diretamente, sem intervenção tanto da jurisdição estatal, como do juízo arbitral.

10. A submissão da controvérsia ao juízo arbitral foi um ato voluntário da concessionária. Nesse contexto, sua atitude posterior, visando à impugnação desse ato, beira as raias da má-fé, além de ser prejudicial ao próprio interesse público de ver resolvido o litígio de maneira mais célere.

11. Firmado o compromisso, é o Tribunal arbitral que deve solucionar a controvérsia.

12. Recurso especial não provido.

Mais abrangente é a previsão contida no artigo 6º, § 3º, do Decreto federal nº 10.025, de 20 de setembro de 2019[28] segundo o qual ainda poderá ser celebrado

[28] Que revogou o Decreto federal nº 8.465, de 8 de junho de 2015.

compromisso arbitral mesmo havendo ação judicial em curso, hipótese em que a Advocacia-Geral da União deverá elaborar manifestação sobre as possibilidades de decisão favorável à Administração Pública e a perspectiva de tempo necessário para que o litígio se encerre junto ao Poder Judiciário, quando possível de serem aferidas, acrescendo-se a necessária homologação de acordo judicial em que as partes se comprometam a submeter o feito ao juízo arbitral.

Quanto aos principais pontos objeto de litígio, foi possível inferir que, em regra, prepondera a discussão de aspectos técnicos de engenharia, embora quase todos os árbitros fossem ligados à área jurídica (apenas dois possuíam formação em engenharia).

Nada obstante, os aspectos jurídicos também se mostraram relevantes, mormente em um caso, no qual a discussão versava somente sobre a caracterização e efeitos de eventual aceitação de benefícios do *drawback* tributário reconhecido à subcontratada, havendo, todavia, a nomeação de perito.

Em tal hipótese, *data maxima venia,* não se vislumbra qual seria o diferencial de especialização dos árbitros e peritos, que não fossem de domínio do Poder Judiciário.

Cumpre destacar, desse modo, que a adequada caracterização dos aspectos envolvidos no litígio é de extrema relevância, de maneira a conduzir a mais eficiente escolha dos árbitros, até mesmo quanto à sua formação, vale dizer, se advogados, engenheiros, contadores etc., ou mesmo a própria recomendação de submissão à arbitragem a ser avaliada quando da elaboração dos editais.

Nesse sentido, o artigo 6º, § 1º, do Decreto federal nº 10.025, de 20 de setembro de 2019 [29], traz algumas diretrizes expressas quanto à análise de conveniência da arbitragem, valendo destacar a preferência para litígios que envolvam questões eminentemente técnicas e o aspecto concernente às implicações de eventual demora na solução definitiva do litígio, ou seja, se essa puder gerar prejuízo à adequada prestação do serviço ou à operação da infraestrutura, bem como inibir investimentos considerados prioritários.

CONCLUSÃO

O presente trabalho procurou trazer um panorama da arbitragem no âmbito do estado de São Paulo, a partir da compilação e comparação de dados obtidos em cinco casos já encerrados.

Embora não tenha a pretensão de esgotar o tema, até pela exiguidade da amostra, buscou elucidar os principais pontos necessários à verificação concreta de

[29] Que revogou o Decreto federal nº 8.465, de 8 de junho de 2015.

algumas afirmações recorrentes sobre o procedimento arbitral, tais como a celeridade, especialidade e os altos custos.

Quanto à celeridade, depreendeu-se que decorre da ausência de recursos, como regra, sobre o mérito da sentença, e não propriamente da agilidade empenhada pelos árbitros para prolação da decisão final, o que deve ser ponderado pela Administração.

Os custos elevados, de fato, representam importante desvantagem do procedimento, destacando-se, ainda, a diferença substancial de antecipação do dispêndio. Sobre o ponto, relevante a recomendação de inserção de previsão contratual no sentido de que cada parte arque com seus custos de representação, de forma a impedir eventuais condenações nas sentenças arbitrais.

Em relação à especialidade, notou-se que, em regra, os árbitros tinham formação de base jurídica, ou seja, com destaque no procedimento em si e não nas questões técnicas envolvidas, as quais ficaram sob responsabilidade de peritos nomeados, o que levaria ao questionamento da escolha do procedimento alternativo sob o argumento comum da relevante especialização dos árbitros.

Outro ponto a ser destacado diz respeito à solução de credenciamento de árbitros e câmaras. Conquanto tragam os desejados e necessários critérios objetivos, também podem revelar desafios para a Administração quando o assunto demandar a escolha de árbitros com conhecimentos específicos e eventualmente não integrantes de referidas listagens.

Não se vislumbrou, ainda, a existência de quaisquer critérios prévios para a opção de submissão dos litígios à solução arbitral. Com efeito, cumpre lembrar que nos contratos custeados com recursos oriundos de financiamentos externos a inserção de cláusula de arbitragem revela-se, comumente, como verdadeira imposição do agente financiador. Todavia, recentes contratos de concessão celebrados no âmbito do estado de São Paulo, os quais não ostentam financiadores estrangeiros, também estabeleceram a arbitragem como método de solução de conflitos, a demandar justificativas por parte dos gestores.

Nesse sentido, Maria da Graça Ferraz de Almeida Prado[30] aduz:

> (...) ainda não há clareza nem de agentes econômicos nem de entes reguladores a respeito das razões para escolha da arbitragem. Quando há alguma lógica envolvida nesse processo, as partes tendem a escolher a cláusula de arbitragem em razão de argumento notadamente processual e com base em lógica de custo-benefício de curto prazo. O uso crescente da arbitragem, seja por modismo, hábito, tendência de mercado, padronização contratual ou heurística de comportamento, tem tornado esse mecanismo uma opção preferencial a uma classe crescente de contratos, sem compreensão a respeito das funcionalidades e potencialidades que poderiam advir – às

[30] PRADO, Maria da Graça Ferraz de Almeida. *A Economia da Arbitragem.* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018, p. 363.

> partes, ao contrato e à sociedade – em caso de emprego mais racionalizado do instituto. Essa escolha automática tem comprometido a sinalização contratual pretendida pela previsão de arbitragem, além de também impactar perversamente o grau de confiança e o *ethos* associado à arbitragem.

Assim, no decorrer da pesquisa, mostrou-se positiva a iniciativa do estado de São Paulo, na linha dos precedentes do estado do Rio de Janeiro, que editou decreto contendo as diretrizes básicas do procedimento arbitral quando esse envolver aquele estado ou suas entidades, bem como do estado de Minas Gerais, com a edição da Lei estadual nº 19.477, de 12 de janeiro de 2011, e da União, com o Decreto federal nº 8.465, de 8 de junho de 2015, posteriormente revogado pelo Decreto federal nº 10.025, de 20 de setembro de 2019[31].

De fato, a existência de regras prévias únicas e gerais no âmbito da Administração Pública acaba por garantir maior segurança jurídica aos atos da Administração e ao próprio gestor público.

Destaque-se, contudo, que a diretriz adotada pelo estado de Minas Gerais, com a publicação de Lei estadual específica, pode enrijecer demais o tema, o qual, por vezes, demandará rápidas adaptações, impossíveis de serem alcançadas no curso do processo legislativo.

Ademais, ainda há muitas dúvidas a ser esclarecidas como, por exemplo, a hipótese de rescisão de contratos por iniciativa dos contratados, a qual somente poderia adotar a via judicial, conquanto, obviamente, decorra da tese de descumprimento do ajuste atribuível ao contratante, o que poderia ser objeto de prévia arbitragem. Em tal situação, poderia o árbitro reconhecer a rescisão independentemente de manifestação do Poder Judiciário?

Desse modo, faz-se imperioso que a Administração Pública se dedique ao tema de forma a obter maior grau de segurança e confiabilidade em suas decisões.

[31] Que revogou o Decreto federal nº 8.465, de 8 de junho de 2015.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Paulo Osternack. *Arbitragem e Administração Pública.* Belo Horizonte: Fórum 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 mar. 2018.

BRASIL. Decreto federal nº 8.465, de 8 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8465.htm>. Acesso em: 10 mar. 2018.

BRASIL. Decreto federal nº 10.025, de 20 de setembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10025.htm#art18>. Acesso em: 4 out. 2019.

BRASIL. Lei federal nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm>. Acesso em: 10 mar. 2018.

Câmara de Comércio Internacional. *Regulamento de Arbitragem*. Disponível em: <https://iccwbo.org/publication/2017-arbitration-rules-and-2014-mediation-rules-portuguese--version/>. Acesso em: 10 mar. 2018.

CÂMARA, Jacintho Arruda; SUNDFELD, Carlos Ari. *O Cabimento da Arbitragem nos Contratos Administrativos*. Revista de Direito Administrativo. Belo Horizonte, nº 248, maio/ago. 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo.* São Paulo: Atlas. 27. ed. 2014.

DALLARI, Adilson de Abreu. *Arbitragem na concessão de serviço público*. Boletim de Direito Administrativo nº 9/1996. São Paulo, NDJ.

GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e arbitragem*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

HATANAKA, Alex. *O Poder Público e a arbitragem após a Reforma da Lei nº 9.307/1996*. RBA nº 49, jan.-mar./2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Administração Pública e Arbitragem: o vínculo com a Câmara de Arbitragem e os árbitros*. Revista Brasileira da Advocacia, v. 1, n. 1. abr-jun/2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro.* São Paulo: Malheiros. 40. ed. 2014.

MINAS GERAIS. Lei estadual nº 19.477, de 12 de janeiro de 2011. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=LEI&num=19477&ano=2011>. Acesso em: 11 jun. 2018.

PRADO, Maria da Graça Ferraz de Almeida. *A Economia da Arbitragem.* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Revista Justiça em números 2017: ano-base 2016. Brasília, 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/e5b5789fe59c137d43506b2e4ec4ed67.pdf>. Acesso em: 26 mai. 2018.

RIO DE JANEIRO. Decreto estadual nº 46.245, de 19 de fevereiro de 2018. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/3/art20180316-06.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2018.

SALLA, Ricardo Medina. *Arbitragem e Administração Pública.* São Paulo: Quartier Latin. 2014.

SÃO PAULO. Decreto estadual nº 64.356, de 31 de julho de 2019. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2019/decreto-64356-31.07.2019.html>. Acesso em: 4 out. 2019.

COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA DE FONTES RENOVÁVEIS: BREVE ANÁLISE DA POLÍTICA GOVERNAMENTAL DE CONCESSÃO DE DESCONTO NA TUST E NA TUSD APÓS A PUBLICAÇÃO DA LEI Nº 12.783/13

Renewable energy trading: brief analysis of the governmental policy of granting discount on Tust and Tusd after publication of the federal Law nº 12.783/13

Renato Kendi Yamada[1]

SUMÁRIO

Introdução. 1. Uma visão geral do Ambiente de Contratação Livre de Energia Elétrica no Brasil. 2. Mudança de curso na geração. 3. O Teorema de Coase. 4. Os custos de transação existentes no Ambiente de Contratação Livre de Energia Elétrica. 4.1. Assimetrias de informação entre os agentes do ACL. 4.2. Custos de busca. 4.3. Custos de gestão. 4.4. Custos legais. 4.5. Tempo. 4.6. Custos de contratação. 5. Reflexões sobre a política de desconto na Tust e na Tusd concedido na aquisição de energia elétrica renovável. 5.1. Subsídio: conceito e finalidade. 5.2. Uma crítica à perpetuidade do subsídio. 5.3. O conceito e os efeitos do *rent-seeking*. 5.4. A política como valorização da externalidade positiva. Conclusão. Referências.

RESUMO

O presente trabalho apresenta uma análise da política governamental de incentivo à aquisição de energia renovável, por meio da concessão de desconto na Tust e na Tusd, e seu impacto no enfrentamento do problema da poluição, um exemplo clássico de externalidade negativa. Apoiada no estudo da legislação e dos dados concretos sobre o crescente número de consumidores especiais, obrigados a adquirirem energia elétrica de fontes renováveis, como pequena central hidrelétrica (PCH), eólica, biomassa ou solar, a presente reflexão tem a finalidade de avaliar a postura tradicionalmente adotada pelo estado na concessão de subsídios. Sob o enfoque da eficiência econômica, na abordagem de Coase, assume especial importância a observância dos custos de transação na elaboração e no desenvolvimento de políticas públicas, normalmente, não levados em consideração pelo Poder Público.

Palavras-chave: Energia renovável. Desconto na Tust e na Tusd. Externalidade negativa. Consumidores especiais. Custos de transação.

ABSTRACT

This paper analyzes the governmental policy developed as an incentive for the acquisition of renewable energy, by granting a discount on Tusd and Tust, and its positive impact on pollution concerns, considered a classic example of negative externality. Supported by the study of the legal framework and concrete data about the increasing number of free consumers, required to purchase electricity from renewable sources, such as small hydroelectric plant (PCH), wind energy, biomass or solar, this work proposes to assess the traditional posture adopted by the state, basically providing subsidies. Reflecting the focus on economic efficiency from a Coase´s perspective, transaction costs play an important role in the development of sustainable public policies, but are not usually taken into account by the state.

Keywords: Renewable energy. Discount on Tusd and Tust. Negative externality. Free consumers. Transaction costs.

---

[1] Agente fiscal de rendas do estado de São Paulo. Assistente fiscal especialista da Diretoria de Fiscalização (Difis). Graduado em Economia pela Universidade de São Paulo (USP). Pós-graduado em Direito e Economia pela Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo.

INTRODUÇÃO

A Lei nº 9.074/95, ao cuidar do estabelecimento de normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos, em seus artigos 15 e 16, previu a opção de compra de energia elétrica de outros fornecedores por parte dos consumidores. Com efeito, ao deixar de existir a exclusividade da distribuidora local de energia elétrica, o fornecedor passou a ser de livre escolha do consumidor, podendo negociar o preço e as condições da operação de compra e venda. Cumpre mencionar ainda que mudanças significativas foram realizadas no modelo institucional do Setor Elétrico Brasileiro (SEB), vindo representadas, principalmente, pela introdução do Novo Modelo do Setor Elétrico ocorrida em 2004, que instituiu dois ambientes para celebração de contratos de compra e venda de energia: o Ambiente de Contratação Regulada (ACR), do qual participam somente geradoras e distribuidoras, e o Ambiente de Contratação Livre (ACL), circunscrito a geradoras, comercializadoras, importadoras, exportadoras, consumidores livres e especiais.

No Brasil, pode-se afirmar que o ACL (ou mercado livre de energia elétrica) está em processo de crescimento e consolidação. Pela análise dos dados da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), em 2016, foi registrado aumento significativo de 25 vezes na quantidade de pedidos aprovados de adesão de consumidores no ACL (2.303, no total), quando comparado com o ano anterior (93, no total). Grande parte desse movimento foi impulsionada pela migração de consumidores cativos para especiais, com demanda entre 0,5 MW e 3 MW, obrigados a adquirir energia elétrica de fontes renováveis, como pequena central hidrelétrica (PCH), eólica, biomassa ou solar, que têm papel fundamental no enfrentamento da poluição e da crise das mudanças climáticas. No processo de migração do mercado cativo para livre, de adaptação, de procura e de negociação por melhores preços e condições contratuais, eles incorrem em diversos custos de transação, que serão estudados neste trabalho.

Analisando o lado da oferta, a geração de energia elétrica a partir de fontes não renováveis, em 2015, representava 25,9% do total, ao passo que no ano seguinte reduziu para 19,6%, segundo dados extraídos do Balanço Energético Nacional. Apesar do papel majoritário da hidreletricidade no sistema elétrico nacional (em 2015, cerca de 64% do total), constata-se que a matriz energética era ainda bastante dependente do funcionamento das usinas termelétricas. Devido à queima de combustíveis fósseis, altamente poluentes e prejudiciais do ponto de vista ambiental, a externalidade negativa impunha um custo muito elevado sobre terceiros. No entanto, nos últimos quatro anos, a geração de energia elétrica a partir de fonte eólica tornou-se uma alternativa de suprimento importante. Com a tendência de crescimento nos próximos anos, associada aos novos empreendimentos solares, a matriz energética brasileira ficará cada vez menos dependente das usinas termelétricas, reduzindo, sobretudo, as externalidades negativas delas decorrentes.

Nesse contexto, o objetivo principal deste trabalho é analisar, sob o aspecto do Teorema de Coase, o mecanismo de incentivo à aquisição de energia renovável no ACL, por meio da concessão de desconto na Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (Tust) e na Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (Tusd).

A melhor compreensão dos efeitos dessa política, introduzida com a outorga da Lei nº 9.427/1996, impõe sua divisão em espaços temporais, delimitados pela mudança da fonte de recursos para arcar com os custos desse subsídio. Baseada na Lei nº 12.783/13, a Conta do Desenvolvimento Energético (CDE) passou a ter várias finalidades, entre elas, conceder descontos tarifários a diversos usuários, a saber: gerador e consumidor de fontes incentivadas, baixa renda, rural, irrigante etc. Cumpre destacar que, sendo ela um encargo setorial, é custeada por todos os consumidores do Sistema Interligado Nacional (SIN), regulados e livres, e, eventualmente, pelo Tesouro Nacional[2].

1. *UMA VISÃO GERAL DO AMBIENTE DE CONTRATAÇÃO LIVRE DE ENERGIA ELÉTRICA NO BRASIL*

Os consumidores de energia elétrica, atualmente, estão divididos em cativos, livres, potencialmente livres e especiais, sendo que os cativos são aqueles atendidos exclusivamente pela distribuidora local, mediante cobrança de tarifa regulada, reajustada anualmente, não podendo adquirir energia elétrica de outros agentes; já os consumidores livres, desde que tenham uma demanda mínima de 3 MW, atendidos em tensão acima de 69 kV, se conectados até 8/7/1995, e em qualquer tensão, após essa data, podem escolher seus fornecedores de energia elétrica (gerador e/ou comercializador), tomando para si a tarefa de gerir suas compras de energia e os riscos associados e firmando contratos bilaterais, negociados livremente, que cubram 100% do montante consumido de energia; os potencialmente livres atendem as condições para serem livres, mas preferem permanecer como cativos; e, por último, os especiais, que, com demanda entre 500 kW e 3 MW, atendidos em qualquer tensão, podendo estar reunidos por comunhão de direito ou de fato, também têm o mesmo direito de adquirir energia de qualquer fornecedor, desde que oriunda de fontes incentivadas como eólica, biomassa, solar, cogeração qualificada ou de pequenas centrais hidrelétricas (PCH).

Ao longo dos últimos anos, tem havido mudança no comportamento dos consumidores de energia decorrente, principalmente, da falta de sinalização de tarifas adequadas. Indústrias, especialmente eletrointensivas, tendo a energia elétrica como o seu principal insumo no processo produtivo, não conseguem suportar esse cenário

[2] § 1º, do art.13, da Lei nº 10.438/02, redação dada pela Lei nº 12.783/13. Os recursos da CDE serão provenientes das quotas anuais pagas por todos os agentes que comercializem energia com consumidor final, mediante encargo tarifário incluído nas tarifas de uso dos sistemas de transmissão ou de distribuição, dos pagamentos anuais realizados a título de uso de bem público, das multas aplicadas pela Aneel a concessionárias, permissionárias e autorizadas e dos créditos da União de que tratam os arts. 17 e 18 da Medida Provisória nº 579, de 11 de setembro de 2012.

altamente instável e imprevisível. Reajustes tarifários elevados, decorrentes de decisões equivocadas do governo federal no passado, tal como a publicação da Medida Provisória nº 579, de 11 de setembro de 2012, depois convertida na Lei nº 12.783/13, podem comprometer ainda mais a sobrevivência delas em um momento recessivo da economia, pelo qual passamos. De fato, incertezas dessa natureza aumentam, sobretudo, a imprevisibilidade das tarifas e, geralmente, os consumidores são avessos ao risco de incerteza das tarifas de energia.

Então, com o objetivo de reduzir, gerenciar e planejar melhor as despesas com energia elétrica, muitos consumidores têm optado por migrar suas unidades consumidoras do mercado cativo para o livre, que hoje representa aproximadamente 28% do consumo total de energia elétrica[3].

Os consumidores livres firmam contratos de compra e venda de energia com geradores e/ou comercializadores de forma a mitigar ou reduzir a volatilidade de preço no prazo contratado. Desde que preenchidos os requisitos mínimos previstos em lei, eles podem escolher de quem vão comprar a energia. Essa é, de fato, a principal diferença encontrada com o ACR (ou mercado cativo), mais conhecido e comum, onde estão inseridos todos os consumidores residenciais. Nessa situação, os consumidores cativos não participam da negociação de preço e condições, nem escolhem o fornecedor ou o tipo de energia (térmica, hidráulica, solar, eólica etc.). São sempre atendidos pela distribuidora local. A tarifa é fixada por meio de resolução da Aneel, e o contrato de fornecimento de energia é de adesão, sem que haja qualquer tipo de negociação.

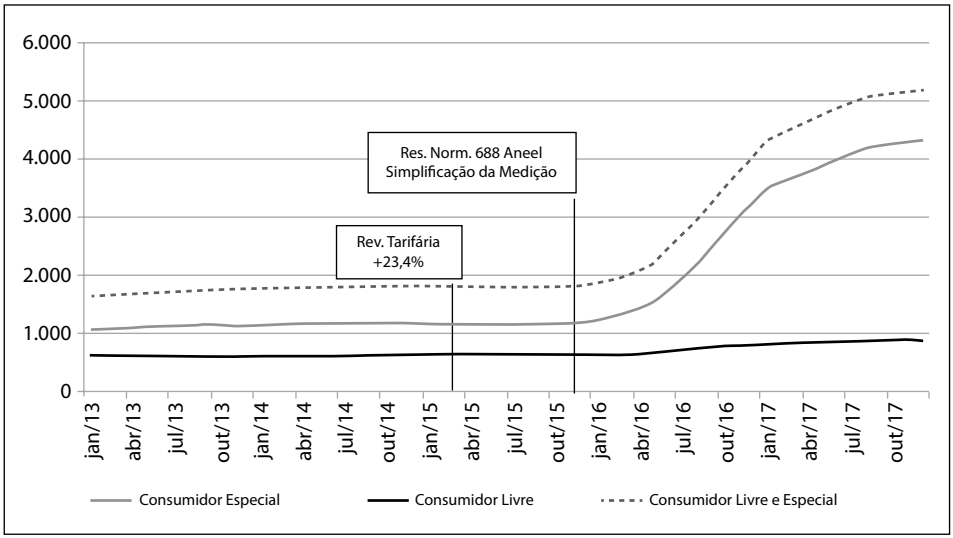
No que tange à qualidade da energia elétrica e à segurança de sua oferta, não há diferença entre consumidores livre e cativo. Em ambos os casos, a energia é entregue ao consumidor pela empresa distribuidora, mediante acesso e uso de sua rede. O transporte, devido à sua natureza monopolista (natural), continua sendo uma atividade regulada, de livre acesso. Em outras palavras, o consumidor não se desvincula totalmente da concessionária, devendo firmar o Contrato de Conexão ao Sistema de Distribuição de Energia Elétrica (CCD) e o Contrato de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica (Cusd).

Mais recentemente, além do aumento elevado das tarifas do mercado cativo[4], a simplificação da medição e a melhora na hidrologia contribuíram para impulsionar o mercado livre. Segundo a CCEE, a entrada de novos agentes no mercado, em grande parte, é de consumidores especiais, com demanda entre 0,5 MW e 3 MW, obrigados a adquirir energia elétrica de fontes renováveis, como pequena central hidrelétrica (PCH), eólica, biomassa ou solar, que têm papel fundamental no enfrentamento da poluição e da crise das mudanças climáticas.

[3] CCEE, Infomercado semanal nº 198, 2. ed., janeiro/19.

[4] A expectativa de Tarifa de Energia (TE) futura requer uma previsão de todos os componentes formadores. Assim, é importante acrescentar o percentual de aumento referente à Revisão Tarifária Extraordinária (RTE).

Gráfico 1 – Qtde. Consumidores Livres e Especiais no Brasil



Fonte: CCEE, relatório Infomercado.

2. MUDANÇA DE CURSO NA GERAÇÃO

O Brasil possui o terceiro maior potencial hidrelétrico do mundo, atrás apenas da Rússia e da China. Segundo dados do Balanço Energético Nacional 2017, ano-base 2016, é nítido o papel majoritário da hidreletricidade no sistema elétrico nacional, representando cerca de 68,1% do total da energia elétrica gerada. Com baixo custo de operação, o país é um grande produtor de energia limpa, explorando amplamente o seu potencial hidrelétrico.

Nem por isso o assunto deve ser preterido nas discussões ambientais. As mudanças climáticas representam uma ameaça urgente e potencialmente irreversível para toda a sociedade. O aquecimento global, que se deve às causas naturais e às atividades humanas, acarreta aumento da temperatura média dos oceanos e da camada de ar próxima à superfície da Terra. Normalmente, parte da radiação solar é refletida, outra parte é absorvida pelos oceanos e pela superfície (fenômeno natural), e outra é retida por uma camada de gases, causadora do efeito estufa. Assim, a queima de combustíveis fósseis (derivados do petróleo, carvão mineral e gás natural) para a geração de energia elétrica, sendo responsável pela emissão de gases poluentes[5] e formadores do efeito estufa para a atmosfera, é considerada uma externalidade negativa pelos economistas.

[5] Óxidos e dióxidos de enxofre, óxidos de nitrogênio, monóxido e dióxido de carbono e outros.

A energia elétrica, por sua vez, é um insumo fundamental para o crescimento econômico, de tal modo que há uma forte correlação entre o desenvolvimento econômico e o consumo de energia elétrica. Associadas à preocupação global muito grande com o meio ambiente, que se refletiu no Acordo de Paris[6], as políticas públicas, então, têm sido adotadas visando à substituição de geração de origem fóssil por fontes renováveis. Como resultado disso, em 2016, a geração de energia elétrica a partir de fontes não renováveis representou 19,6% do total, contra 25,9% do ano anterior.

As usinas eólicas somente começaram a ganhar força no país em 2014, quando atingiram a marca de 4,9 GW. É importante mencionar que, antes disso, devido à sua baixa representatividade, não eram consideradas uma alternativa de suprimento importante. Pelo levantamento divulgado em 2017 pela Empresa de Pesquisa Energética (EPE), ligada ao Ministério de Minas e Energia (MME), esse tipo de fonte já somava, em 2016, 6,7% da capacidade instalada de geração elétrica. Atualmente, no *ranking* mundial de capacidade instalada de energia eólica, elaborado pelo Global World Energy Council (GWEC), o país já ocupa a oitava posição, na frente do Canadá e da Itália, com 12,76 GW ou 11% da capacidade instalada de geração elétrica. A Associação Brasileira de Energia Eólica (ABEEólica) estima que até 2020 esse tipo de fonte gerará 18,68 GW/ano. Assim, com tendência de crescimento nos próximos anos, essa fonte energética renovável, junto a novos empreendimentos solares, torna a matriz energética brasileira cada vez menos dependente das usinas termelétricas.

Evidentemente que essa substituição deve ser planejada com segurança energética, sem que haja prejuízo ao consumidor. Nesse aspecto, nem todas as fontes energéticas são capazes de armazenar energia. As fontes eólicas e solares, por serem intermitentes e ainda não possuírem alternativas de armazenamento economicamente viáveis, são incapazes de prover segurança energética. Apesar disso, a importância delas para o SIN não pode ser desprezada. Quando geram energia, evitam a queima de combustíveis fósseis e permitem o armazenamento da água para uso futuro.

3. O TEOREMA DE COASE

Como referencial teórico, apoiaremos nas lições trazidas pelo autor, Ronald Coase, um dos principais expoentes da Análise Econômica do Direito (AED), que se destaca por lançar as bases para uma abordagem da análise do problema das externalidades, evidenciando as implicações das definições de direitos de propriedade para a questão da eficiência.

[6] O Acordo de Paris foi aprovado pelos 195 países parte da UNFCCC (United Nations Framework Convention on Climate Change) para reduzir emissões de gases de efeito estufa (GEE) no contexto do desenvolvimento sustentável. Após a aprovação pelo Congresso Nacional, o Brasil se comprometeu a reduzir as emissões de gases de efeito estufa em 37% abaixo dos níveis de 2005, em 2025, com uma contribuição indicativa subsequente de reduzir as emissões de gases de efeito estufa em 43% abaixo dos níveis de 2005, em 2030.

Externalidades podem ser identificadas quando as ações de um agente afetam o bem-estar ou o ganho do outro, não diretamente envolvido, sem que haja qualquer mecanismo de mercado que compense o afetado. Os renomados autores MACKAAY & ROSSEUAU (2008, p. 201) adotam o conceito de externalidade originalmente trazida por Pigou:

> (...) externalidade é produzida quando uma pessoa, enquanto presta um serviço a uma contraparte, o estende a terceiros, ou faz com que o serviço imponha custos aos terceiros de maneira que não se possa cobrá-los dos beneficiários ou deles obter uma indenização em proveito das vítimas.

O exemplo clássico de externalidade de natureza negativa é a poluição produzida por uma fábrica que se espalha pela atmosfera, atacando a saúde de toda a comunidade vizinha. As substâncias liberadas, como enxofre e óxido nitroso, prejudicam a respiração das pessoas, sem contar que o aumento descontrolado da emissão de gases de efeito estufa – como o dióxido de carbono e o metano – contribui para o aquecimento global. Faz sentido imaginar, então, que os efeitos prejudiciais afetam o bem-estar social e não estão refletidos no custo marginal de produção. Desse modo, pode-se afirmar que o custo privado, nesse caso, é inferior ao custo social.

É com base nisso que alguns economistas argumentam que a ideia de externalidade serve para desenhar políticas públicas. Criar quotas de emissão de poluentes, tributos, subsídios ou benefícios fiscais pode compensar o efeito da externalidade causada. Acreditam que somente a intervenção governamental pode corrigir essas falhas de mercado. Nesta abordagem, segundo Coase (1988, p. 180), Pigou, em *The Economics of Welfare*, preconiza regras de responsabilidade ou intervenção mais direta do Estado, admitindo a criação de impostos ditos "pigouvianos", subvenções ou regulamentações. A questão fundamental é que o desenho dessa política deve ser bem-elaborado para evitar a prática de *rent-seeking* e/ou coalização entre grupos de interesse que podem usar a política de forma distorcida.

Para Coase, insurgindo-se contra a teoria de Pigou, as externalidades existem em razão da ausência de direitos de propriedade bem-definidos. Em *O Problema do Custo Social* (1960, p. 13 a 16), o autor defende que a negociação privada pode resolver problemas, dos quais antes se pensava que a regulação estatal era dada como a única solução. Entende que, existindo espaço para barganha, é sempre possível mudar a delimitação inicial dos direitos, por meio de transações no mercado.

Assim, o autor argumenta que na ausência de custos de transação não importa como é feita inicialmente a distribuição dos direitos de propriedade. Havendo direitos de propriedade bem-definidos e um mercado onde as trocas entre os agentes econômicos são livres, a eficiência econômica será sempre alcançada. Esse resultado viria a ser conhecido como Teorema de Coase.

Dessa forma, o Teorema de Coase ecoou e influenciou toda uma geração de pensadores e estudiosos nas áreas do direito e da economia. Tão importante quanto a ideia de externalidade, o papel dos custos de transação, visto como custos em que os

agentes econômicos incorrem na realização de trocas, tornou-se relevante para a definição de políticas públicas. Assimetrias de informação, custos de barganha, custos legais e custos de busca são os exemplos mais importantes de custos de transação.

Para Coase (1960, p. 34), a criação de um tributo como forma de indenizar o prejuízo causado, sem levar em consideração a comparação entre os produtos privado e social, tal como defendido por Pigou, tem imperfeições: "a mesma falha pode ser encontrada nas propostas para a solução do problema dos efeitos prejudiciais através da utilização de tributos ou recompensas". O autor demonstra que o tributo não seria capaz de, necessariamente, proporcionar condições ótimas de bem-estar. Em um ambiente com informações assimétricas, o tributo poderia ser excessivamente elevado para prevenir a ocorrência do dano e solucionar o problema da externalidade.

Outra crítica que se faz é que não se propõe que a renda advinda da tributação seja destinada aos prejudicados, na forma de compensação ou indenização. Como não poderia deixar de ser, a receita tributária deveria estar vinculada com a destinação a ser dada, não podendo ser desrespeitada, sob pena de responsabilização do ente tributante. Embora muitos economistas não se atentem a esse fato, analisando o conceito legal de imposto, pode-se concluir que essa espécie de tributo se enquadra na classificação de tributo não vinculado, pois o próprio Código Tributário Nacional[7] determina que a obrigação de pagar imposto tem como fato gerador uma situação desvinculada de qualquer atividade estatal.

Em suma, quando uma externalidade é compensada, ela deixa de ser externalidade, passando assim a ser internalizada. A partir dessas premissas surgem duas concepções que tentam explicar a internalização das externalidades. No caso da primeira, defendida por Pigou, as externalidades seriam falhas de mercado que cabe ao Estado corrigir, intervindo diretamente. A segunda, concebida por Coase, pretende conciliar a aplicação de normas jurídicas a padrões de eficiência econômica. Ressalta a influência negativa que o custo de transação tem se for muito elevado, de maneira a dificultar a alocação eficiente dos recursos e a comprometer a barganha. Nesse último caso, então, cabe ao Direito reduzir os custos da transação que é fruto desse entendimento entre os participantes para alocação das externalidades. A existência deles pode levar a economia a um nível de produção aquém do seu potencial, incorrendo em ineficiências. Nesse passo, o objetivo das proposições legislativas e políticas públicas deveria ser, em regra, reduzir eventuais custos de transação e, portanto, aumentar a eficiência da economia, levando a um maior bem-estar social.

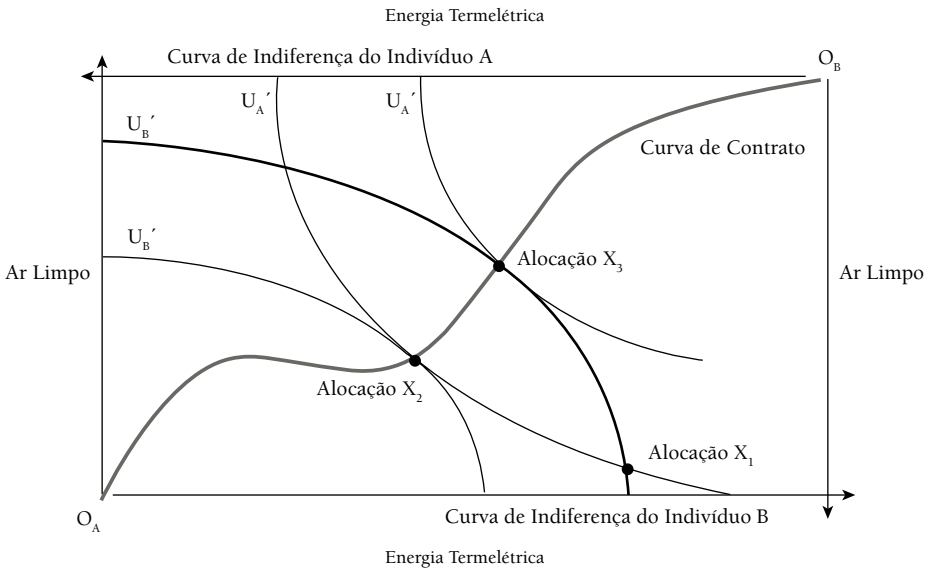
Em economia, o significado de eficiência está intimamente relacionado com a ideia de maximização da riqueza e do bem-estar social. Tal como entendido pela Análise Econômica do Direito (AED), a compreensão do conceito de eficiência pressupõe entender, então, o conceito de ótimo de Pareto.

[7] Art. 16 do CTN. Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte.

Das noções neoclássicas, ótimo de Pareto corresponde à situação em que não há nenhuma mudança capaz de melhorar o grau de bem-estar de algum indivíduo sem com isso prejudicar o grau de bem-estar de pelo menos outro. Usualmente, o critério de Pareto é expresso em termos de utilidade. Uma alocação factível (x_1,...,x_I, y_1, ...y_j) é um ótimo de Pareto se não houver outra alocação factível (x_1´,...,x_I´, y_1´, ...y_j´) tal que $u_i(x_i') \geq u_i(x_i)$ para todo indivíduo i = 1,...,I e $u_i(x_i') > u_i(x_i)$ para algum indivíduo i. Isso permite afirmar que, com essa alocação, os recursos iniciais da sociedade estão sendo utilizados de forma eficiente. Intuitivamente, em uma economia em que os indivíduos podem negociar livremente os seus bens, espera-se que tais negociações resultem uma alocação eficiente. Coutinho (2014, p. 25) explica que "uma alocação de recursos será Pareto-ótima quando nenhuma mudança distributiva adicional puder deixar, simultaneamente, ao menos uma pessoa em situação melhor e nenhuma pessoa em situação pior". Logo, não haverá perdedores.

É importante, no entanto, expor as críticas do critério de Pareto. Para ser considerado um critério objetivo de escolha de alocações existem algumas limitações. A primeira delas é a existência de mais de um ponto de equilíbrio. A demonstração disso requer a apresentação da Caixa de Edgeworth, que sintetiza o equilíbrio da troca de 2 bens. Usemos, como exemplo, energia termelétrica (gerada a partir da queima de combustíveis fósseis) e ar limpo entre 2 indivíduos, A e B:

Figura 1 – Caixa de Edgeworth



Fonte: VARIAN, 2006, p. 612. Elaboração própria.

Os pontos X_2 e X_3 tangenciam as curvas de indiferença dos indivíduos A e B, U_A e U_B, respectivamente. Significa que nesses pontos as taxas marginais de substituição[8] dos bens Energia Termelétrica (E) e Ar Limpo (A) são iguais, correspondendo aos pontos ótimos de Pareto. Dito de outra forma, a alocação eficiente deve necessariamente satisfazer a seguinte equação:

$$TMgS\ (A) = TmgS\ (B)$$

Como explica Varian (2006, p. 611), o conjunto de todas as alocações eficientes no critério de Pareto é chamado de curva de contrato ou conjunto de Pareto. Presume-se que, havendo livre negociação, todos os contratos finais deverão ter alocações de recursos sobre a curva de contrato, caso contrário haveria incentivo para as partes contratantes realizarem uma troca ainda mais vantajosa ou mutuamente benéfica.

Na figura, ao contrário das alocações X_2 e X_3, a alocação X_1 é ineficiente de Pareto. Isso quer dizer que existem outras alocações (Pareto-eficientes) preferíveis a X_1, que deixem ambos indivíduos, A e B, mais satisfeitos.

Outra crítica que se faz ao critério de Pareto é que a análise econômica se pauta apenas na questão da eficiência. Não se preocupa, sobretudo, com a equidade. Do ponto de vista social, os diversos pontos da curva de contrato deixam de ser igualmente desejáveis.

Assim sendo, apesar de ser o mais indicado para analisar a eficiência econômica, a adoção do critério de Pareto não está isenta de problemas, por admitir múltiplas soluções e não resolver as dificuldades distributivas.

Segundo Coutinho (2014, p. 27), "percebendo que as condições para a realização de uma alocação Pareto-ótima são quase impossíveis na prática – pois, como é intuitivo, a maior parte das políticas econômicas e sociais (e também das normas jurídicas, diga-se de passagem) produz ganhadores e perdedores, alguns economistas propuseram outra concepção, de aplicabilidade concreta mais conveniente para as ideias de alocação e eficiência". Trata-se do critério Kaldor-Hicks. De acordo com essa concepção, basta que o prejuízo provocado seja compensado pelo ganho. Com isso, o conceito de eficiência está associado a ganhos líquidos de bem-estar. Parece ser o instrumental mais apropriado para uma análise custo-benefício e, assim, mais conveniente para as ideias da análise econômica do direito.

4. OS CUSTOS DE TRANSAÇÃO EXISTENTES NO AMBIENTE DE CONTRATAÇÃO LIVRE DE ENERGIA ELÉTRICA

4.1. *Assimetrias de informação entre os agentes do* ACL

Partiremos do pressuposto de que é imprescindível que o consumidor tenha informações qualificadas para a tomada de decisão. Os manuais de introdução à economia

[8] A taxa marginal de substituição (TmgS) é a inclinação da curva de indiferença multiplicada por -1.

chamam isso de informações simétricas que, em mercados eficientes, produzem preços adequados para a alocação de recursos. Em uma negociação ou transação comercial, no entanto, uma das partes envolvidas, geralmente o vendedor, conhece mais do produto. O exemplo clássico citado na literatura é a venda de carro usado, denominado *market for lemons*, em que existem informações assimétricas a respeito da qualidade do produto.

Na compra e venda de energia, contudo, não é isso o que se verifica. A qualidade da energia entregue e retirada do SIN é a mesma em todas as transações realizadas nesse mercado, seja adquirindo-a de um comercializador fortemente consolidado, com grande reputação no mercado, seja de outro, com pouca experiência. Desse modo, aqui não se vislumbra a existência desse tipo de assimetria de informação – ou informação imperfeita. Equivoca-se, no entanto, aquele que imagina que, em razão disso, não haja falha de mercado no ACL. Cabe mencionar outro aspecto, preço, que não são muitos os consumidores que têm conhecimento profundo disso. Tal situação, como veremos a seguir, gera distorções no mercado.

Cumpre, inicialmente, frisar que o ACL é fundamentalmente um "mercado de balcão". Apesar de resultar das forças de mercado (oferta e demanda), não há ampla divulgação dos preços e condições comerciais negociadas bilateralmente. De um lado, há comercializadores que dispõem de mais informações que lhes permitem obter um ganho econômico, de outro, os consumidores desinformados. Sob a ótica do mercado, um agente comercializador pode deter uma informação privada a respeito da quantidade de chuvas nas regiões brasileiras, de um aumento esperado na demanda por energia incentivada, enfim, de algo que possa influenciar, sobretudo, na precificação da energia elétrica.

Nesse aspecto, houve uma tentativa, porém, fracassada, de aprimoramento do ACL. O governo federal, por meio do Ministério de Minas e Energia (MME), publicou a Portaria nº 455/12, que autorizava a CCEE a divulgar indicadores de preços praticados no ACL a partir de informações prestadas pelos agentes. Essa mudança visava a aumentar a simetria de informações, na medida em que consumidores sem conhecimento algum do mercado, apenas com perfil de usuários da energia, poderiam tomar uma decisão melhor com essa informação de índice de preço. A CCEE, diante disso, elaborou uma proposta de regulamentação dessa Portaria. Entretanto, mesmo garantindo a preservação do sigilo e a segurança da informação, o projeto não avançou.

4.2. *Custos de busca*

Na configuração antiga do SEB, anterior à Lei nº 9.074/95, o consumidor não tinha a opção de comprar energia diretamente de um gerador. Havia somente a opção de adquiri-la da empresa distribuidora local ou então gerar a energia dentro da sua própria planta (figura do autoprodutor). Assim, não havia custos de busca, e o sistema, por sua vez, não era competitivo. Isso é exatamente o que acontece hoje no mercado cativo. Os consumidores firmam um contrato de adesão com a distribuidora local ao preço fixado anualmente pelo órgão regulador, sem qualquer margem para negociação.

Em outro ambiente coexistente, de contratação livre, os consumidores têm um custo de busca do fornecedor. Segundo dados da CCEE (dez/18), existem 270 agentes comercializadores e 1.201 geradores produtores independentes[9] atuantes no mercado. Nesse cenário, os consumidores estão diante de diversos fornecedores, oferecendo soluções que possam atender as suas necessidades energéticas com diferentes preços de mercado, riscos e tipos de contratos disponíveis.

Em tal circunstância, a fim de diminuir os custos de busca e garantir transparência no mercado, surgiram as bolsas de energia, uma ideia introduzida por agentes privados[10] envolvidos com o setor. Nesse modelo, os membros enviam ofertas de compra ou venda de energia elétrica. Combinadas essas ordens, são gerados contratos jurídicos que formalizam a compra e a venda de uma determinada quantidade de energia elétrica, para entrega em um submercado específico, ao preço de equilíbrio. Existe, nesse caso, ampla divulgação dos preços de referência, que pode ser utilizado para balizar o mercado futuro, servindo também como instrumento útil para diminuição das informações assimétricas. No entanto, o volume de transações e a quantidade de membros participantes na bolsa ainda permanecem baixos, sem grande expressão no mercado, não alcançando ainda o objetivo desejado.

É oportuno enfatizar que, para Coase (2017, p. 10), as bolsas de mercadorias para se aproximarem do conceito de concorrência perfeita, um intrincado sistema de regras e regulamentos é necessário. Segundo o autor, muitas vezes são interpretadas por economistas como uma tentativa de restringir a concorrência. "Não levam em consideração, ou, pelo menos, não enfatizam uma explicação alternativa para tal regulamentação: o fato de existirem com a finalidade de reduzir os custos de transação e, assim, aumentar o volume de negócios." Nessa linha, a CCEE entende que existem alguns desafios a serem superados, a começar pela criação de uma figura regulatória sujeita à regulação da Aneel e à regulação do mercado financeiro para atuar diretamente como operador de mercado[11].

4.3. *Custos de gestão*

Migrar para o mercado livre equivale fundamentalmente a fazer a gestão da própria energia elétrica consumida. Nesse sentido, cabe ao consumidor realizar:

- planejamento prévio da energia elétrica consumida mensalmente, para que não ultrapasse a quantidade contratada, de modo a reduzir o risco de contratação no curto prazo; e
- monitoramento do consumo de energia e demanda.

[9] É a pessoa jurídica ou empresas reunidas em consórcio que recebem concessão ou autorização do poder concedente para produzir energia elétrica destinada ao comércio de toda ou parte da energia produzida, por sua conta e risco.

[10] Brazil International Exchange (Brix) e Balcão Brasileiro de Comercialização de Energia (BBCE).

[11] Disponível em: <http://www.energia.sp.gov.br/2016/10/brasil-pode-estar-mais-perto-de-ter-bolsa-de-energia/>. Acesso em 30/4/2018.

Associado a isso, todo consumidor livre ou especial de energia elétrica deve aderir à CCEE. Significa dizer que, sendo um agente da CCEE, fica investido não somente dos direitos como das obrigações, abaixo exemplificadas:

- Cumprir as obrigações financeiras, incluindo o aporte de garantias e pagamentos de liquidações, contribuições associativas e emolumentos;
- Realizar as atividades operacionais dentro dos prazos definidos no Calendário de Operações da CCEE;
- Manter dados cadastrais e técnico-operacionais atualizados;
- Aderir à convenção arbitral para a resolução de conflitos;
- Respeitar o Estatuto Social da CCEE, a Convenção de Comercialização de Energia Elétrica e as Regras e Procedimentos de Comercialização, bem como demais normas do setor; e
- Acompanhar os comunicados, relatórios e dados divulgados pela CCEE.

Observe que, por serem atribuições notavelmente distintas da atividade-fim das empresas consumidoras, muitas delas contratam consultorias, com profissionais especializados no ACL, para efetuarem toda a gestão da energia. Como visto, não são poucos, portanto, os custos de gestão inerentes ao processo.

Nesse contexto, e com a finalidade de facilitar a atuação de empresas (geralmente, de pequeno porte) no ACL, surge, por força da Resolução Normativa nº 570/13 da Aneel, um novo agente da CCEE: o comercializador varejista. Esse perfil de agente fica responsável por toda operação de seus representados no ACL, desde a migração até a gestão de todos os procedimentos relacionados à sua operacionalização, entre eles modelagem, medição, contabilização, obrigações financeiras, entre outros. E os representados não precisam, tampouco, se tornar agentes da CCEE. Eles fazem o papel de agregador de cargas.

4.4. Custos legais

Os consumidores, optantes em adquirir energia no ACL, são responsáveis (I) pelos custos das implementações dos medidores das suas conexões ao sistema de distribuição, (II) pela instalação, operação e manutenção dos meios de comunicação utilizados no sistema de medição e (III) pelas obras civis e adequações das instalações. São medidas que devem ser adotadas para atender à regulamentação da Aneel[12]. Assim, os consumidores são obrigados a ter 2 medidores e uma central de comunicação exclusiva para checagem do consumo pela CCEE.

Com a edição da Resolução Normativa nº 688/2015 da Aneel, a instalação do medidor de retaguarda para compor o Sistema de Medição de Faturamento (SMF) passou a ser facultativa. Essa mudança legislativa teve, então, o efeito de reduzir o

[12] Art. 83-A, da Resolução Normativa nº 759, de 7 de fevereiro de 2017.

custo de transação e, portanto, essa simplificação foi importante para dar impulso na migração de consumidores de pequeno porte do cativo para o livre[13].

4.5. Tempo

Hoje, no ACL, os consumidores conseguem obter melhores preços de energia, comparando com as tarifas cobradas no mercado cativo. Todavia, essa vantagem econômica pode deixar de existir no futuro, a depender, por exemplo, da oferta de energia nesse mercado e de uma grande demanda por migração, que provocará uma pressão natural nos preços. Os consumidores, agentes racionais, são atraídos e movidos, principalmente, pelo apelo econômico: preço. Assim, com o objetivo principal de não afetar o planejamento de compra de energia das distribuidoras locais, para migrar, o consumidor deve rescindir o contrato de fornecimento com ela firmado no mercado regulado com seis meses de antecedência. Para tanto, deve enviar carta à distribuidora comunicando a denúncia dos contratos vigentes.

Caso o mercado cativo volte a ser atrativo, o consumidor deve avisar a distribuidora com ainda mais antecedência, 5 anos. No entanto, essa pode, a seu critério, aceitar ou não o retorno do consumidor ao mercado cativo em prazo inferior, a depender de seu nível de contratação de energia.

Assim, o tempo é um custo de transação relevante para o mercado. Não pode o consumidor, no momento mais oportuno, sair de um mercado e migrar para outro. Há um limite temporal, previsto em lei, que deve ser respeitado, portanto. Do mesmo modo, existem prazos contratuais que também não podem ser descumpridos, sem anuência da outra parte, distribuidor ou comercializador.

4.6. Custo de contratação

O Decreto nº 5.163/04 previu no art. 2º que os consumidores devem garantir o atendimento de 100% da carga, em termos de energia, por meio de geração própria ou de contratos registrados na CCEE, caso contrário, ou seja, na hipótese em que houver insuficiência de cobertura contratual de consumo (lastro não integral), o consumidor livre ficará sujeito a penalidades impostas pela CCEE (art. 3º). Essa regra está estritamente relacionada com a questão da segurança de suprimento do sistema. Através desse mecanismo, fica garantido que a carga total do sistema não é maior do que a soma dos valores de garantia física de todas as usinas do SIN em operação.

Dessa forma, o consumidor deve definir sua estratégia de contratação de energia e, a partir dela, tomar as próprias decisões de compra. Cabe destacar que, devido à predominância da geração hidrelétrica no sistema elétrico nacional (68,1% do total,

[13] Conforme mencionado no capítulo 1, apenas em 2016, houve o ingresso de 2.102 consumidores especiais, contra 72 em 2015 (30 vezes superior).

segundo dados do último Balanço Energético Nacional), o parque gerador é altamente dependente do regime de chuvas, existindo, portanto, uma volatilidade nos preços da energia.

Em termos de contratação de energia, não existe uma estratégia melhor ou pior. Ela deve ser definida a partir das características de consumo de cada empresa e no perfil de aversão ao risco. As estratégias sugeridas, tendo como base as peculiaridades de cada consumidor, são apresentadas a seguir:

a) perfil conservador: geralmente firmam contratos de longo prazo, com maior previsibilidade de custos, previamente negociados e conhecidos durante todo o período contratado;

b) perfil agressivo: com menos aversão ao risco, buscam obter vantagens econômicas através da contratação de volumes inferiores à necessidade, no longo prazo, e o complemento do montante total em contratos de curto prazo, sujeitos a oscilações de preços;

c) consumo flexível: o contrato pode prever um consumo flexível (por exemplo, 10% acima ou abaixo do total contratado), reduzindo o risco de déficits ou de superávits.

Consumidores com perfil conservador, avessos ao risco, garantem maior previsibilidade no custo com aquisição de energia; por outro lado, não permitem auferir ganhos nos momentos de preços baixos. Ao passo que aqueles com perfil agressivo, que optam por contratos mais curtos, podem se beneficiar de preços reduzidos, sendo penalizados do contrário.

5. REFLEXÕES SOBRE A POLÍTICA DE DESCONTO NA TUST E NA TUSD CONCEDIDO NA AQUISIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA RENOVÁVEL

5.1. *Subsídio: conceito e finalidade*

Segundo a OCDE (2010, p. 4), "subsídios são um dos instrumentos da política usado pelo governo para alcançar objetivos econômicos, sociais e ambientais. No mundo inteiro, subsídios existem em diversos setores da economia, inclusive, na agricultura, pesca e energia. Os governos podem subsidiar o consumo e a produção, transferindo recursos para os destinatários diretamente, assumindo parte dos riscos, reduzindo ou aumentando as taxas, e impondo mandatos ou barreiras para negociar".

Para o Agreement on Subsidies and Countervailing Measures (ASCM), subsídios existem quando há uma contribuição financeira do governo, conferindo benefício, que pode advir de: (i) uma transferência direta de recursos (por exemplo, empréstimos, subvenções e infusão de capital), uma transferência potencial de recursos ou passivos (por exemplo, garantias de empréstimos); (ii) renúncia de receita pública (por exemplo, incentivos fiscais); (iii) fornecimento de mercadorias e serviços que não sejam infraestrutura básica; (iv) transferência de uma ou mais das funções acima para execução por uma

empresa privada. O benefício é conferido quando a contribuição financeira é concedida ao recebedor em termos mais favoráveis do que o recebedor teria obtido no mercado.

Os legisladores geralmente justificam a necessidade de fixar subsídios na energia com base nos seguintes propósitos: (i) apoiar o desenvolvimento de uma determinada atividade; (ii) conferir competitividade de um produto ou serviço ante os seus concorrentes; (iii) permitir o acesso à população; e (iv) corrigir distorções em virtude de o mercado não precificar corretamente os benefícios de um bem ou serviço.

Cabe salientar que subsídios à energia gerada a partir de fontes alternativas já são expressivos e têm crescido ao longo do tempo, segundo o estudo da OCDE. A Global Subsidies Iniciatives (GSI) estima que representam aproximadamente USD 100 bilhões por ano. Baseado nisso, a Opep considera que a energia de fontes renováveis e os biocombustíveis são subsidiados em taxas superiores aos combustíveis fósseis. Em bases unitárias, há subsídios aos biocombustíveis e renováveis de USD 5 centavos por kWh, comparados aos USD 1,7 centavos por kWh para energia nuclear e USD 0,8 centavos por kWh para combustíveis fósseis.

Para este estudo, pode-se depreender que o desconto na Tust e na Tusd tem o efeito positivo de corrigir uma falha de mercado, uma situação em que o mercado gera um resultado econômico não eficiente ou indesejável socialmente. A alteração artificial dos preços pode resultar na margem uma mudança de comportamento dos agentes econômicos. Dito de outra forma, com esse subsídio, o mercado produz e consome uma quantidade que aumenta o bem-estar social, ao substituir a geração de origem fóssil por fontes renováveis, de menor impacto ambiental (externalidade positiva). O uso do subsídio supramencionado também pode ser defendido como forma de fomentar uma atividade econômica sob o argumento da indústria nascente. Essas indústrias nascentes são intensivas em capital e inicialmente os custos de geração de energia elétrica a partir de fontes alternativas são mais elevados. Com esse tipo de estímulo, proporciona-se um ambiente mais competitivo.

Nesse sentido, o Brasil, tal como muitos países, tem incentivado bastante o uso delas. O governo federal implementou, além do desconto na Tust e na Tusd, outras políticas públicas de apoio às fontes renováveis, como o Programa de Incentivos às Fontes Alternativas de Energia Elétrica (Proinfa). No âmbito estadual, destacam-se, principalmente, os incentivos de caráter tributário: (I) o Convênio ICMS 16/15, que autorizou os estados a concederem isenção do ICMS sobre a energia elétrica gerada a partir de fontes renováveis de forma distribuída; e (II) o Convênio ICMS 101/97, que concedeu isenção do ICMS nas operações com equipamentos e componentes para o aproveitamento das energias solar e eólica.

Sobre o assunto, enfatiza-se que, na visão de Coase (1988, p. 25), para os economistas modernos, intervenção governamental, tal como preconizada por Pigou, está, em geral, relacionada a tributos ou, menos frequentemente, à regulação direta das atividades das firmas ou dos indivíduos. No entanto, esse modo de atuação, segundo o autor, tem graves defeitos por não revelar os fatores que determinam se é desejável a intervenção governamental, além de ignorar outros tipos de ação possíveis.

5.2. *Uma crítica à perpetuidade do subsídio*

É oportuno enfatizar que o subsídio, na função de indutor da atividade nascente, obrigatoriamente, deve ter um caráter temporário. Deve propiciar condições para, no futuro, ser economicamente viável produzir sem a proteção inicial. Contudo, na prática, pode ser difícil identificar o momento adequado para interromper o subsídio e, atingido o objetivo de corrigir a falha de mercado, manter o subsídio tem resultado negativo e prejudicial no plano concorrencial.

Da mesma forma, a concessão de desconto na Tust e na Tusd, ainda que entenda justificável, deve ser periodicamente revista. Não pode perdurar por prazo indeterminado. As geradoras de energia elétrica renovável devem ser capazes de produzir e concorrer sem esse subsídio. A manutenção desnecessária pode provocar efeitos negativos, tais como desestímulo ao ganho de eficiência e vantagem comparativa ante as demais fontes de geração.

Nessa circunstância, segundo Coase (1988, p. 22), Pigou reconhece a existência de eventuais falhas de intervenção pública. Sugere, então, a criação de comissões ou conselhos *ad hoc*. O autor defende que:

> (...) os membros dessas Comissões podem ser especificamente selecionados por sua aptidão para a tarefa, sua designação pode cobrir longos períodos, a área pela qual se responsabilizam pode ser ajustada adequadamente, e os termos de sua designação podem ser tais que os liberem, de modo geral, de pressões eleitorais.

Assim, ajustes dessa natureza podem significar melhora na organização governamental, na medida em que essa independência funcional afasta a prática do *rent-seeking*. Acerca disso, Coase (1988, p. 23) critica veementemente essa ideia, desacreditando na existência de órgãos públicos de funcionamento (quase) perfeitos.

> Pigou parece não ter duvidado de que tais comissões funcionariam da forma que descreve. Assim, partindo de uma afirmação a respeito das imperfeições do governo, Pigou descobre a forma perfeita de organização governamental e, a partir daí, é capaz de evitar questionamentos no tocante às circunstâncias em que os defeitos da intervenção pública significariam que tal intervenção pioraria as coisas. A crença de Pigou nas virtudes das comissões regulatórias independentes, a qual nos parece risível hoje, foi expressa pela primeira vez em Wealth and Welfare em 1912, e repetida em todas as edições de The Economics of Welfare, sem modificações. Pigou parece jamais ter julgado necessário indagar se sua opinião otimista sobre essas comissões foi justificada por eventos nos 40 anos que se seguiram (a reimpressão de 1952 é a última edição a conter material novo). Em todas as edições, a Comissão Interestadual de Comércio é mencionada como a "Comissão Ferroviária Interestadual", e esse órgão, criado em 1887, é sempre descrito como "recentemente desenvolvido", o que não sugere um real interesse pelo assunto.

5.3. *O conceito e os efeitos do rent-seeking*

Dizemos que uma pessoa, uma empresa ou um grupo têm um comportamento *rent-seeking* quando empreende esforços que demandam recursos, tais como tempo e dinheiro, visando ao seu enriquecimento, em prejuízo do restante da sociedade. Pretende-se, com isso, apropriar uma riqueza já existente, sem que esse esforço gere uma nova riqueza. Dito de outra forma, a riqueza obtida por alguém por meio da prática do *rent-seeking* não é uma geração de renda, mas uma distribuição de renda em prol de um grupo que foi mais bem-sucedido na empreitada.

Em geral, as atividades do *rent-seeking* têm maior relação com as ações estatais de caráter intervencionista. Essencialmente, o Estado possui dois mecanismos para induzir o comportamento dos agentes econômicos. Em primeiro lugar, o Poder Público pode fazer uso dos próprios mecanismos de mercado, ou seja, outorgando incentivos, de modo que os indivíduos reajam positivamente aos mesmos. Não é difícil imaginar que o Estado pode, por exemplo, como medida protecionista às indústrias nascentes, conceder isenções tributárias. Também, pode criar outros subsídios, que proporcionem um ambiente mais favorável no mercado concorrencial. Outra forma de atuação governamental é por meio da regulamentação. Nesse sistema, o Poder Público atua criando restrições de modo a impedir um comportamento considerado socialmente indesejado, ou seja, corrigindo as falhas de mercado. Por exemplo, o governo pode regular indústrias que são altamente poluentes, de maneira a minimizar os impactos sociais negativos desses sistemas produtivos, considerados externalidades negativas. Entretanto, sob pressão de um grupo organizado com o propósito de interferir diretamente nas decisões do Poder Público, esses mecanismos podem ser vistos e usados como oportunidades de apropriação de riqueza (em favor de causas próprias).

Uma importante observação que se faz é que essa busca incessante por acumulação, enraizada em valores individualistas, provoca má alocação de recursos, na medida em que reduz a produtividade e afeta negativamente o crescimento econômico de longo prazo. Recursos empregados nessa prática são gastos para subtrair riqueza de outros agentes econômicos, quando poderiam ser destinados à pesquisa e ao desenvolvimento de novos produtos (geração de renda), por exemplo. O concorrente prejudicado, diante de um conjunto de estratégias, é bem provável que, como medida de contra-ataque, também se utilize dessa mesma prática onerosa, gerando ainda mais desperdício de recursos na economia. Visto dessa forma, a ação do Estado na concessão de direitos de propriedade possui efeitos nocivos do ponto de vista da eficiência econômica ao estimular o desperdício de recursos escassos.

Sobre o desconto na Tust e na Tusd, de modo semelhante, foi publicada em jornal de grande circulação de julho de 2014[14] uma tentativa de extinção dos

[14] Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2014/07/1480148-usinas-de-energia-concorrentes-tentam-eliminar-incentivo-de-eolicas.shtml>. Acesso em 3/5/2018.

incentivos das eólicas. Segundo a matéria, os geradores de outras fontes renováveis estiveram pressionando o Congresso Nacional e outros órgãos federais para retirarem os incentivos à energia eólica, já que ela se tornou mais competitiva do que a biomassa e as pequenas centrais hidrelétricas (PCH). No leilão A-5 de 2013, por exemplo, o preço da energia de fonte eólica foi R$ 119,03/MWh, ante os R$ 133,75/MWh da biomassa e R$ 137,35/MWh da PCH. A proposta original da MP 641/14 era estender esse mesmo beneficio do desconto na Tust e na Tusd para a biomassa, tornando-a mais competitiva. Entretanto, por iniciativa da Associação Brasileira de Fomento às Pequenas Centrais Hidrelétricas (AbraPCH), o senador Vital do Rêgo foi convencido a alterar a proposta do deputado Arnaldo Jardim, retirando todos os incentivos concedidos às eólicas. Em contrapartida, gerou forte reação dos agentes do setor eólico, especialmente da Associação Brasileira de Energia Eólica (ABEEólica), alegando que, sem esse subsídio, os custos de produção aumentariam em cerca de R$ 40/MWh[15], comprometendo a sua sobrevivência no Brasil. Após intervenção do presidente da Câmara dos Deputados, o senador desistiu da emenda.

Os preços da energia, praticados em leilão, podem, de fato, retratar de forma bastante objetiva e simplista a competitividade das diferentes fontes de geração. Mais recentemente, no leilão de energia nova A-4 de 2018, a queda dos preços da energia de fonte alternativa foi ainda mais acentuada[16]. Com fortes deságios, que superaram as previsões dos especialistas, o preço da eólica foi R$ 67,60/MWh e, da solar, R$ 118,07/MWh, colocando em dúvida, novamente, a necessidade de subsídios para assegurar a competitividade e atratividade da energia limpa no país, especialmente, da eólica.

5.4. A *política como valoração da externalidade positiva*

Outro argumento bastante usado para defender a manutenção do desconto na Tust e na Tusd é a valoração da externalidade positiva. Não há dúvida de que as fontes renováveis têm menor impacto ambiental e, portanto, aumentam o bem-estar social. Desse modo, justifica adotá-la como uma política governamental. O Estado precisa incentivar o consumo de energia renovável, caso contrário, o mercado tende a gerar um resultado econômico não eficiente ou indesejável socialmente.

Para atingir esse objetivo, o governo, no papel de regulador, geralmente determina preços e impõe restrições no setor elétrico. Para tanto, é muito comum o uso do subsídio cruzado. Nesse caso, preços mais baixos são fixados para uma classe de consumidores em detrimento dos demais, que pagam preços mais elevados. Em contraposição, esse instrumento reduz a eficiência da economia, penaliza os

[15] Valor citado pela presidente-executiva da ABEEólica, dra. Élbia Melo, em audiência pública da Comissão de Minas e Energia, da Câmara dos Deputados (Relato da Reunião nº 0851/14, p. 20).

[16] Disponível em: <https://www.canalenergia.com.br/noticias/53056889/leilao-a-4-negocia-2987-mw-medios-ao-preco-medio-de-r-12475>. Acesso em 3/5/2018.

consumidores não subsidiados, além de viabilizar a sobrevivência de subsídios ineficientes com base em pressão política de pessoas ou grupos interessados (*rent-seeking*), como vimos anteriormente.

Não é diferente o princípio aplicado ao desconto na Tust. Os demais agentes que não fazem jus ao subsídio (geradores de fontes não incentivadas, distribuidoras e consumidores ligados à rede básica), arcam uma Tust mais elevada em prol de um pequeno grupo composto por geradores de fontes alternativas (eólica, biomassa, solar e PCHs) e consumidores livres e especiais por eles atendidos.

No que tange à Tusd, também muito se assemelha a um subsídio cruzado. Até 2013, parte dos descontos era paga pelos próprios consumidores da mesma área de concessão. Depois disso, todos os consumidores do SIN assumiram o ônus. Isso porque, a partir da Lei nº 12.783/2013, a CDE[17], um encargo setorial destinado à promoção do desenvolvimento energético e pago por todos os consumidores (regulados e livres) passou a ter várias finalidades, entre elas, conceder descontos tarifários a diversos usuários, a saber: gerador e consumidor de fontes incentivadas, baixa renda, rural, irrigante, etc. Em 2013, o montante concedido para esses consumidores representavam 11% do total da CDE (ou R$ 587 milhões); já em 2017, superou os 20% (ou R$ 1,82 bilhão). A tabela abaixo expressa melhor esse crescimento que somente agrava os problemas distributivos decorrentes da ampliação do subsídio cruzado.

Tabela 1 – Custo do Subsídio para Aquisição de Fontes Incentivadas

Subsídio	2013	2014	2015	2016	2017
Consumidor Fonte Incentivada	R$ 587 M	R$ 717 M	R$ 1,05 B	R$ 1,19 B	R$ 1,82 B
	11%	11%	12%	13%	20%

Fonte: Aneel

Associado a isso, observa-se que a valoração das externalidades positivas produzidas pelas diferentes fontes alternativas é idêntica, uma vez que o desconto concedido na Tust e na Tusd é o mesmo, não importando o tipo de fonte renovável que gerou a energia. Nesse sentido, pode-se supor que todas contribuem de modo igualitário na redução das emissões de poluentes. Outro ponto passível de crítica é que os consumidores regulados, mesmo que queiram adotar práticas sustentáveis, não têm a opção de escolher de quem comprar a energia elétrica. Desse modo, presume-se que somente os consumidores especiais e livres, ao terem desconto na Tust e na Tusd, são mais responsáveis pela geração de externalidades positivas.

[17] A CDE foi criada originalmente pelo art. 13 da Lei nº 10.438/2002, que teve sua redação alterada pela Lei nº 12.783/2013.

CONCLUSÃO

A partir das análises anteriores, os principais pontos de conclusão são os seguintes:

- A solução da externalidade negativa, decorrente da queima de combustíveis fósseis usados na geração de energia elétrica de fonte termelétrica, é promover a substituição desse tipo de fonte por outros, considerados renováveis, tais como: eólica e solar; e
- Neste trabalho, discutiu-se a forma de alcançar esse objetivo. Geralmente está associada à ideia de intervenção direta do Estado, tal como preconizada por Pigou, por meio de desonerações fiscais e subsídios, que são considerados ineficientes, sob os critérios econômicos.

Desse modo, a postura tradicionalmente adotada pelo Estado carece urgentemente de uma revisão. Para alcançar eficientemente uma melhoria do bem-estar social, assume especial importância no desenvolvimento de política pública a observância dos custos de transação. Sob o enfoque da eficiência econômica, a vertente a ser seguida deveria ser a redução dos custos de transação que dificultam ou até mesmo impedem a realização de trocas. Com direitos de propriedades bem-definidos e os agentes econômicos livres para negociar, o problema das externalidades seria solucionado.

Ao tratar de externalidades, vale destacar que alguns consumidores se mostram mais favoráveis a práticas sustentáveis, inclusive, dispostos a pagar mais caro pelo produto ou serviço. Também, há investidores que têm preferência em aportar recursos em empresas comprometidas com a sustentabilidade. Além da busca por resultado financeiro, as questões ambientais e sociais passaram a ser valorizadas cada vez mais. Nesse cenário, uma saída para a valorização da externalidade positiva seria difundir a ideia da certificação internacional de energia renovável (I-REC). Já existente no Brasil, as usinas geradoras de energia limpa são certificadas pelo Instituto Totum, permitindo-lhes comercializar energia elétrica certificada para empresas sustentáveis[18], mais conscientes, que buscam agregar valor à marca e contribuir com o meio ambiente. O valor dos certificados vendidos é, depois, revertido em prol das comunidades localizadas ao redor das usinas.

Uma intervenção do Estado mais eficiente seria reduzir gradativamente os requisitos legais para adquirir energia elétrica renovável no ACL até chegar à inclusão de todos os consumidores. A aplicação de tal mecanismo exigiria, portanto, a redução dos custos de transação, especialmente os custos legais, que hoje impedem a compra desse tipo de energia por consumidores cativos e maior integração entre os princípios econômicos e ambientais no comportamento dos indivíduos da sociedade.

[18] Disponível em: <http://recbrazil.com.br/images/abeolica/documentos/Transacoes.pdf>. Acesso em 25/5/2018.

REFERÊNCIAS

ABRACEEL. Ampliação do Mercado Livre de Energia Elétrica. Disponível em: <http://www.abraceel.com.br/archives/files/PSR_Abraceel_Ampliacao-Mercado-Livre-Energia--Eletrica_Final.pdf>. Acesso em: 19 mai. 2018.

ABRACEEL. *Cartilha Reforma do Setor Elétrico*. Disponível em: <http://www.abraceel.com.br/archives/files/ABRACEEL_FOLDER2018SINGLE_V15.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2018.

ABRACEEL. Energia Livre: Como a liberdade de escolha no setor elétrico pode ajudar o Brasil. Disponível em: <http://www.abraceel.com.br/archives/files/Livro_Energia_Livre.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2018.

AIE, OPEP, OCDE e BANCO MUNDIAL. *Analysis of the scope of energy subsidies and suggestions for the G-20 Initiative. Prepared for submission to the G-20 Summit Meeting Toronto (Canada), 2010.* Disponível em: <https://www.oecd.org/env/45575666.pdf>. Acesso em: 3 mai. 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Energias Renováveis riqueza sustentável ao alcance da sociedade. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/9229>. Acesso em: 24 abr. 2018.

BRASIL. Ministério de Minas e Energia. *Balanço Energético Nacional 2017*. Disponível em: <https://ben.epe.gov.br/downloads/Relatorio_Final_BEN_2017.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2018.

BRASLAWSKY, J. *et al*. *Making credible renewable electricity usage claims*. Disponível em: <https://www.theclimategroup.org/news/making-credible-renewable-electricity-usage--claims>. Acesso em: 1º mai. 2018.

CCEE. *Infomercado mensal*. Disponível em: <https://www.ccee.org.br/portal/faces/pages_publico/o-que-fazemos/infomercado/info_mercado_interativo?contentId=CCEE_645252&_afrLoop=1101856305061417&_adf.ctrl-state=14gss0j53f_159#!%40%40%3F_afrLoop%3D1101856305061417%26contentId%3DCCEE_645252%26_adf.ctrl-state%3D14gss0j53f_163>. Acesso em: 7 mar. 2019.

COASE, Ronald H. *A Firma, o Mercado e o Direito*. Tradução de Heloísa Gonçalves Barbosa. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017.

COASE, Ronald H. *O Problema do Custo Social*. Tradução de Francisco Kümmel F. Alves e Renato Vieira Caovilla. Journal of Law and Economics, p.1-37, 1960.

COUTINHO, Diogo R. *Direito e Economia Política na Regulação de Serviços Públicos*. São Paulo: Saraiva, 2014.

GANIN, Antônio. *Setor elétrico brasileiro: aspectos regulamentares, tributários e contábeis*. 2. ed. Brasília: Canal Energia, 2009.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. Tradução Rachel SZTAJN. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PRADO, Mariana Mota. O Setor de energia elétrica. *In*: SCHAPIRO, Mário Gomes (coord.). *Direito e Economia na Regulação Setorial*. São Paulo: Saraiva, 2009.

SANTANA, Edvaldo. *Economia dos Custos de Transação, Direito de Propriedade e a Conduta das Empresas no Setor Elétrico Brasileiro*. XXXIV Encontro Nacional de Economia (Encontro ANPEC), 5 a 8 de dezembro de 2006. Disponível em: <http://www.anpec.org.br/encontro2006/artigos/A06A065.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2018.

VARIAN, H. R. *Microeconomia: conceitos básicos*. Tradução Maria José Cyhlar Monteiro e Ricardo Doninelli. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

WORLD ENERGY COUNCIL. *World Energy Issues Monitor 2018*. Disponível em: <https://www.worldenergy.org/wp-content/uploads/2018/05/Issues-Monitor-2018-HQ-Final.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2018.

WORLD RESOURCES INSTITUTE. *Scope 2 Guidance*. Disponível em: <https://ghgprotocol.org/scope_2_guidance>. Acesso em: 28 abr. 2018.

CONSENSUALIDADE AMBIENTAL ENTRE ÓRGÃOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SOB O PRISMA DA EFICIÊNCIA JURÍDICA E ECONÔMICA

Environmental consensuality between Public Administration agencies under the prism of legal and economic efficiency

Daniel da Silva Lima[1]

SUMÁRIO Introdução. 1. Consensualidade na Administração Pública: conflito e meios consensuais de resolução. 2. Bem ambiental e infrações ambientais. 3. Eficiência jurídica e econômica das sanções ambientais e possibilidade de substituição por métodos adequados de solução de conflitos. Conclusão. Referências.

RESUMO O presente trabalho tem por objetivo verificar os benefícios da utilização dos métodos consensuais de resolução de conflitos, em substituição à aplicação da penalidade de multa administrativa, quando o infrator for um ente público, a partir das ideias e conceitos de eficiência, sob o prisma jurídico e econômico. Esta pesquisa utilizou-se do método dedutivo, pelo qual traçou os aspectos gerais da consensualidade, seguiu com a aplicação sob a Administração Pública, passou para o aspecto específico referente ao Meio Ambiente, para verificar que sobre o aspecto da eficiência jurídica e econômica existe viabilidade na utilização dos referidos métodos. Assim, utilizou-se de pesquisas bibliográficas e legislativa, como técnica, e a análise de um caso prático envolvendo o Município de Itapecerica da Serra/SP. Ao final, concluiu-se que é possível a aplicação de métodos adequados na resolução de conflitos ambientais, quando envolverem dois entes federativos, com o intuito de alcançar maior eficiência, especialmente partindo-se da eficiência apresentada por Kaldor-Hicks e, lembrando que é possível transacionar, e que o meio mais adequado é a negociação e a conciliação, desde que não se abra mão do direito material. Espera-se que esta pesquisa estimule os demais órgãos ambientais a realizarem composição com outros entes federativos, para que esta possibilidade deixe de ser mera teoria e passe a ser uma realidade.

Palavras-chave: Meio ambiente. Consensualidade. Entes públicos. Eficiência. Kaldor-Hicks.

ABSTRACT This paper aims to verify the benefits of the use of consensual methods of conflict resolution, replacing the application of the penalty of administrative fine, when the offender is a public entity, from the ideas and concepts of efficiency, from the legal perspective and economical. This research used the deductive method, which traced the general aspects of consensus, followed with the application under the Public Administration, went to the specific aspect related to the Environment, to verify that on the aspect of legal and economic efficiency there is viability using these methods. Thus, we used bibliographic and legislative research, as a technique, and the analysis of a practical case involving the Municipality of Itapecerica da Serra/SP. In the end, it was concluded that it is possible to apply appropriate methods in the resolution of environmental conflicts, when involving two federative entities, in order to achieve

[1] Especialista ambiental, atuando na Secretaria de Infraestrutura e Meio Ambiente do Governo do Estado de São Paulo. Foi corregedor da Corregedoria-Geral da Administração do Estado de São Paulo. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Jorge Amado. Especialista em Direito Constitucional e Administrativo pela Escola Paulista de Direito. Especialista em Direito e Economia pela Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo.

greater efficiency, especially based on the efficiency presented by Kaldor-Hicks, remembering that it is possible to transact, and that the most appropriate means is negotiation and conciliation, as long as the right to materiality is not waived. It is hoped that this research will stimulate other environmental agencies to make composition with other federative entities, so that this possibility is no longer mere theory and becomes a reality.

Keywords: Environment. Consensuality. Public entities. Efficiency. Kaldor-Hicks.

INTRODUÇÃO

A proteção ambiental é um tema que, no decorrer dos anos, vem ganhando grandes contornos, tornando-se centro de inúmeros debates, principalmente pelas notícias, nada esperançosas, que cada vez mais vêm insinuando o fim próximo dos recursos ambientais para as futuras gerações, caso não haja mudança de mentalidade dos seres humanos.

Atrelada a essa visão, percorre a ideia de que os entes públicos, responsáveis diretamente pelas políticas públicas ambientais, devem cada vez mais perseguir a eficiência, a fim de atingir o interesse da coletividade. Aqui destacando-se tanto a eficiência do ponto de vista jurídico, como também econômico, principalmente diante dos avanços dos estudos interdisciplinares em Direito e Economia.

Dessa forma, o presente trabalho afirma a possibilidade da utilização dos métodos consensuais de resolução de conflitos, do ponto de vista da eficiência jurídica e econômica, para os casos de ocorrência de infrações ambientais cometidas por órgãos da própria administração pública em todas as suas esferas, em substituição à aplicação da pena de multa. Especialmente por conta da autorização legislativa e pelos resultados possíveis de serem praticados utilizando o método Kaldor-Hicks.

Melhor dizendo, a consensualidade na área ambiental é desejável, além de possível, e os critérios de eficiência jurídica e econômica são aplicáveis para fundamentar a utilização dos métodos adequados de solução de conflitos na celeuma ambiental.

Importa dizer que não é intenção deste artigo se aprofundar no estudo dos objetivos e da eficiência na aplicação da pena em sentido amplo, como dizer se ela cumpre sua função primordial de ressocialização ou não. Em razão disso, não nos deteremos nessa questão.

Busca-se aqui apresentar de que forma é possível conciliar o interesse público com a proteção do meio ambiente, a partir da presunção de que há uma necessidade atual de se utilizar de meios consensuais.

É preciso repensar a imposição de penalidades como única saída para diminuir os casos de danos por infração ambiental, especialmente quando se trata de casos praticados por outro ente federativo, que possa, ao final, trazer prejuízos aos

munícipes de determinadas áreas ou a toda a população de uma federação, atingindo, assim, o interesse público.

1. CONSENSUALIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: CONFLITO E MEIOS CONSENSUAIS DE RESOLUÇÃO

Pantoja e Almeida[2] afirmam que nem sempre ao Estado coube o papel de pacificação de conflitos. Ao contrário, nas sociedades primitivas prevaleciam os métodos informais e rudimentares, que iam desde a utilização da força física, que são chamados de *autotutela*, passando por acordos entre litigantes, com sacrifício total ou parcial de interesses, que denominam *autocomposição*, até chegar à possibilidade de eleição de terceiros de mútua confiança para julgamento do feito, sendo esses geralmente sacerdotes ou anciãos, a que chamam de *heterocomposição* ou *arbitragem*.

Somente com o surgimento da figura do Estado e consequentemente com a divisão dos poderes, é que o Estado passa a assumir de fato esta atribuição de trazer paz aos entraves, difundindo a heterocomposição, e isso se daria por meio da jurisdição.

Pantoja e Almeida[3] nos recordam que, mesmo havendo uma monopolização do processo e da jurisdição pelo Estado, o mesmo nunca deixou de realizar a autocomposição de maneira residual nem aceitar a autotutela de maneira excepcional.

Contudo, com o passar do tempo, mesmo em algumas situações, o Judiciário, aceitando a possibilidade de autocomposição e autotutela, o volume de demandas a ele submetido, denotou a sua incapacidade de solução satisfatória para tudo que lhe era levado à apreciação, gerando, nas palavras de Merçon-Vargas[4], um esforço da doutrina processual no abandono do "fetichismo" da jurisdição estatal e a expansão de um movimento mundial de acesso à Justiça, utilizando-se de métodos extrajudiciais de solução de conflitos.

Seguindo esta visão de explosão da litigiosidade, e voltando para o Brasil, Eidt[5] adverte que a mesma teve seu ápice com a promulgação da Constituição de

---

[2] PANTOJA, Fernanda Medina; ALMEIDA, Rafael Alves de. Os Métodos "Alternativos" de Solução de Conflitos (ADRS). *In*: ALMEIDA, Tania (et. al.) (coord.). *Mediação de Conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes*. Salvador: Editora JusPODIVM, 2016, p. 55.

[3] *Ibidem*, p. 55.

[4] MERÇON-VARGAS, Sarah. Meios Alternativos na Resolução de Conflitos de Interesses Transindividuais. Dissertação. Direito Processual. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 3.

[5] EIDT, Elisa Berton. Os Institutos da Mediação e da Conciliação e a Possibilidade de sua Aplicação no Âmbito da Administração Pública. *In*: *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*. Vol. 36, n. 75, jan./jun. 2015, p. 55-74. Disponível em: < http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/101691 >. Acesso em: 18 abr. 2018, p. 56.

1988, que trouxe consigo uma extensa relação de direitos e garantias, que não foi acompanhada pelo aperfeiçoamento da prestação jurisdicional.

Foi esse cenário que fez surgir, ou melhor, ressurgir, os meios alternativos de resolução de conflito, que a doutrina americana optou por chamar de "Alternative Dispute Resolution", ou simplesmente ADRs.

O conceito apresentado por Pantoja e Almeida[6] é de procedimentos em que não ocorreria a intervenção do juiz, para imposição às partes de uma decisão, sendo pautados, a princípio, na celeridade, informalidade, economia e busca de soluções criativas.

Dentro desse conceito, apresentam-se com maior destaque dois métodos, quais sejam, os consensuais de solução de conflitos e os adjudicatórios. Nos primeiros a atuação das partes conflitantes na busca de resolução desses conflitos é essencial, como nas mediações e conciliações; e, nos segundos, se delega a um terceiro, denominado geralmente árbitro, a resolução do feito, tendo as partes uma atuação de menor destaque.

Aqui analisaremos apenas os métodos consensuais de resolução de conflito, não se verificando os métodos adjudicatórios, posto que a análise aqui feita tem por referencial as partes envolvidas.

Valioso dizer, quanto à nomenclatura, que Pantoja e Almeida[7] optam pelo termo "adequado", em substituição ao "alternativos", tendo em conta que isso não se trata de uma via alternativa ou oposta à jurisdição, mas sim complementar, passando a entender que cada tipo de conflito possui um método mais apropriado em função de sua natureza e das peculiaridades do caso concreto.

Na verdade, esses métodos completam as hipóteses de solução de conflito, nas quais também se inclui o Poder Judiciário. Isso, inclusive, para não se ofender a garantia de inafastabilidade da demanda ao Poder Judiciário, assegurada pelo art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Nessa esteira, é de se mencionar, segundo Pantoja e Almeida[8], que não há hierarquia ou prevalência na adoção dos meios alternativos de solução de controvérsias.

Mais do que apenas um conjunto de técnicas, para Didier Jr.[9] o estímulo à utilização da autocomposição é um princípio, que obviamente deve ser aplicado nos casos em que haja possibilidade. O que leva o autor a acrescentar que se trata de um princípio que orienta a atividade estatal de solução de conflitos.

---

6 PANTOJA; ALMEIDA, 2016, p. 58.

7 *Ibidem*, p. 58.

8 *Ibidem*, p. 61.

9 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 274.

O surgimento desses meios adequados, nas palavras de Merçon-Vargas[10], identifica-se com a observação e criação de alternativas para superar os obstáculos trazidos ao acesso à justiça, buscando-se adaptar o processo civil para atender aos mais diversos tipos de demandas que foram surgindo.

Vale destacar que, principalmente pelo seu uso imoderado, a adoção desses meios não é consenso na doutrina, que apresenta inúmeras críticas, sendo que algumas delas destacamos abaixo.

A primeira é que a prática genérica, de forma institucionalizada, poderia causar a usurpação da função fundamental dos tribunais no sistema constitucionalizado, que se consubstancia na necessidade de dar significado e garantir a implementação dos valores constitucionais, e não simplesmente de solução de controvérsias[11].

Na sequência, preocupa-se com a dificuldade em garantir isonomia entre as partes na hora de negociar, aponta-se que nem sempre o que é mais aceitável é melhor para os negociantes, que pode não trazer nenhuma vinculação aos contratos, pode não causar fim ao litígio, além de não ter força vinculativa como as sentenças[12].

Por outro lado, Pantoja e Almeida[13] apontam que o principal argumento para a aceitação é a retomada da utilização do princípio da fraternidade pelo direito moderno, além de ressurgirem como instrumento de participação cidadã na gestão política e social, garantindo a implementação da Democracia Participativa como exercício da cidadania e da concretização democrática.

Tratando desta questão da Democracia Participativa, Sales[14] afirma que essa contribuição ocorre porque esse instrumento tem como requisitos fundamentais a participação ativa das pessoas na construção das alternativas e a escolha da melhor solução do conflito.

Didier Jr.[15] corrobora, dizendo que as partes passam a assumir o papel de protagonistas na construção de uma decisão que regula as suas relações, demonstrando a intenção de ser um exercício do poder pelo povo, evidenciando o seu caráter democrático.

Como outros argumentos favoráveis, tem-se destacado que com esses instrumentos há a garantia de melhor distribuição da justiça, de forma mais simples, rápida e eficaz, afinal de contas é o único meio de liquidação da litigiosidade remanescente,

[10] MERÇON-VARGAS, 2012, p. 14-15.

[11] PANTOJA; ALMEIDA, 2016, p. 60.

[12] *Ibidem*, p. 60.

[13] *Ibidem*, p. 61-62.

[14] SALES, 2009, p. 87 *apud* EIDT, 2015, p. 61.

[15] DIDIER JR., 2015, p. 273.

previnem a solução de novos conflitos e dão autonomia às partes para decidirem conforme a vontade consensual[16].

Eidt[17] nos recorda que o comportamento adversarial cede espaço para o diálogo e o consenso, dando maior autonomia às partes, o que vai de encontro ao processo judicial, que polariza as partes em quem ganha e quem perde, trazendo poucas garantias de que haverá eficácia na reparação da lesão, o que não ocorre com os métodos consensuais, posto que facilitam a aceitação daquilo que restou decidido, justamente porque não houve imposição e, sim, uma construção conjunta.

Importa dizer que esses métodos consensuais de resolução de conflitos não têm aplicação meramente judicial. Como bem nos recorda Didier Jr.[18], até mesmo no âmbito do Poder Executivo essa prática é estimulada, e isso fica evidente com a criação das câmaras administrativas de conciliação.

São inúmeros os métodos de solução adequada dos conflitos que poderiam ser utilizados tanto no âmbito judicial quanto no administrativo, entre os quais destacamos a negociação, a mediação e a conciliação.

Ab initio, apontamos a negociação, que se trata de técnica de resolução de conflitos, por meio da qual as partes litigantes, diretamente ou por meio de seus advogados, sem intervenção de terceiros, em regra, tentam alcançar uma autocomposição[19].

Diferença basilar em relação às demais é a possibilidade de resultar em uma autocomposição unilateral ou bilateral, em caso de êxito, ou na utilização de outras técnicas em razão da impossibilidade, não excluindo a situação de se desenvolver, também, de forma concomitante; ao contrário, é natural que haja continuidade da negociação mesmo que haja a instauração do processo judicial ou arbitral[20].

Um passo a seguir é analisar a mediação, que se trata de uma técnica de resolução de conflitos, por meio da qual um terceiro neutro, sem atribuições para decidir imperativamente a lide, auxilia as partes a alcançar uma resolução consensual sobre seu conflito[21]. Em decorrência disso, deve haver o consentimento de todas as partes que participem do processo.

Isso garante que essa seja uma forma de composição de conflitos da lide sociológica e não apenas da lide jurídica, a que se limita a solução adjudicada[22].

O mediador terá um papel essencial de restaurar o diálogo entre as partes, não podendo haver imposição de decisões nem expressão de opiniões sobre o

[16] PANTOJA; ALMEIDA, 2016, p. 66-67.

[17] EIDT, 2015, p. 61-62.

[18] DIDIER JR., *op. cit.*, p. 274.

[19] MERÇON-VARGAS, 2012, p. 42.

[20] *Ibidem*, p. 42-43.

[21] *Ibidem*, p. 43.

[22] CALMON, 2007, p. 126 *apud Ibidem*, p. 46.

resultado do pleito e, por conta disso, é considerado como um facilitador da comunicação entre os envolvidos. Isso faz com que os próprios mediandos construam uma solução consensual da demanda, sendo eles mesmos responsáveis por essa solução[23].

Merçon-Vargas[24] assevera que a mediação é indicada especialmente para resolução de conflitos em que as pessoas mantenham relações interpessoais duradouras, sendo, todavia, desaconselhada para as situações em que há desequilíbrio entre elas. O próprio Código de Processo Civil, no § 3º do art. 165, já alerta esta condição, da necessidade de haver um vínculo anterior entre as partes.

Por fim, devemos apontar a conciliação, que é uma das técnicas de resolução de controvérsias, que consiste na ação em que um terceiro auxilia as partes em conflito a alcançar uma solução autocompositiva[25].

Fica claro que, como técnica de autocomposição, é uma atividade de terceira pessoa, e não de um acordo, como comumente o termo é aplicado. Até mesmo porque ele poderá ser processual ou pré-processual.

Merçon-Vargas[26] acredita tratar-se de uma atividade menos complexa do que a mediação, posto que sua função não seja a restauração de uma comunicação anteriormente perdida, mas sim voltar-se diretamente ao conflito.

Valioso destacar que sua aplicação é recomendada para as hipóteses em que não haja um vínculo anterior entre os envolvidos[27], o que lhe faz diferente da técnica mediadora, como já apresentado.

Importa dizer que o conciliador terá um papel mais ativo, pois, diferente da mediação, ele poderá incentivar as partes a resolver consensualmente a demanda, sendo possível, inclusive, que seja apresentada a sua opinião sobre qual solução será a mais justa, além de poder opinar por termos de acordo que não foram cogitados pelas partes.

Didier Jr.[28] nos recorda que não é papel do conciliador, assim como não é do mediador, resolver o conflito, pois, senão, estaria diante de uma forma de heterocomposição, como a arbitragem, que não é o caso.

Do ponto de vista da Administração Pública, Palma[29] adverte que há uma dificuldade na delimitação de um conceito sobre o tema, que repousa na sua gênese, a

---

[23] CALMON, 2007, p. 126 *apud Ibidem*, p. 44.

[24] *Ibidem*, p. 45.

[25] *Ibidem*, p. 47.

[26] *Ibidem*, p. 47.

[27] DIDIER JR., 2015, p. 276.

[28] *Ibidem*, p. 275.

[29] Palma; Juliana Bonacorsi de. A consensualidade na Administração Pública e seu controle judicial. *In*: GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno (coord.). *Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*. Coleção Masc. Vol. 5. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 146-147.

partir dos instrumentos consensuais criados, e tanto a quantidade desses instrumentos quanto a sua uniformidade não são uníssonas na doutrina brasileira. Ademais, as leis gerais que tratam de processo administrativo, também não trazem a previsão do tema, apesar de fazer alusão à participação administrativa.

Assim, a autora afirma poder existir quatro visões sobre o tema, nos sentidos amplíssimo, amplo, estrito e restritíssimo. No primeiro caso, deve-se considerar qualquer forma de ingerência privada na Administração Pública, mesmo que não haja vinculação, por isso está inserida, inclusive, a participação popular. No segundo, encontra-se a ideia de qualquer tipo de acordo envolvendo o Estado, mas com natureza vinculativa. Esse se difere do sentido estrito, pois nesse caso o acordo deve ocorrer apenas no âmbito administrativo. Por fim, a restritíssima corresponde a uma concentração administrativa sob a negociação da prerrogativa imperativa que o Estado detém de impor suas decisões, ou seja, uma negociação entre a administração e o destinatário da decisão final[30].

Importa aqui dizer que, no conceito de consensualidade, as suas diferenciações irão ocorrer com a diminuição das possíveis partes envolvidas. Somente a partir do conceito restrito que no polo ativo pode haver a Administração Pública. Em referência ao polo passivo, somente na primeira hipótese cabem todos, inclusive a participação popular; nos demais casos, essas pessoas vão sendo retiradas, até chegar ao destinatário final do acordo.

Assim, independentemente do sentido que se queira, a consensualidade poderá ocorrer entre o Poder Público e o particular, ou entre órgãos do Poder Público, bastando haver algum tema em que seja necessário haver o consenso.

Moreira Neto[31] (2003, p. 132) já afirmou que a coerção é imprescindível para a existência das sociedades, mas ela não é suficiente, deve estar atrelada à desconfiança e somente assim gerar o consenso.

Desse modo, a consensualidade é um acordo firmado entre partes com o intuito de encerrar a desconfiança existente entre elas, e completar a existência social, que não pode haver apenas com a coerção. Quando envolver o Poder Público, guardiã da imperatividade, por sua natureza, esses acordos serão tidos como consensualidade com a Administração Pública.

Entretanto, quando se pauta na questão da possibilidade real de a Administração se utilizar desses métodos, surge um entendimento discordante, que reside principalmente neste ponto, no poder de imperatividade da ação administrativa.

---

[30] Palma; Juliana Bonacorsi de. A consensualidade na Administração Pública e seu controle judicial. *In*: GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno (coord.). *Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*. Coleção Masc. Vol. 5. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 148-160.

[31] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, vol. 231, jan./mar. 2003, p. 132.

Os argumentos daqueles que discordam da possibilidade de consensualidade da Administração Pública, repousam principalmente nos princípios da legalidade, da isonomia e da publicidade, bem como da supremacia do interesse público e indisponibilidade do interesse público.

No que se refere ao argumento do princípio da legalidade, a ideia apresentada é que: "(...) o ordenamento jurídico não deixa nenhum espaço para a negociação no momento de aplicação da lei ao caso concreto"[32]. Todavia, equivoca-se quem assim pensa, pois, as legislações podem ter diversas interpretações, tendo, inclusive, segundo Souza[33], a possibilidade de colisão entre direitos fundamentais, o que pode gerar colisão de políticas públicas.

É no caso dessas colisões que deve existir a ponderação de interesses, pela qual deve a Administração, considerando alguns argumentos, inclusive de natureza econômica, resolver o conflito.

Logo, sendo assim, é necessário que todos os acordos sejam devidamente fundamentados, de forma fática e jurídica, com o intuito de deixar claro por que se optou por firmar tal negociação[34].

Outra preocupação é tornar o acordo um precedente administrativo, conforme leciona Souza[35]. Isso porque, se o acordo for firmado com um indivíduo, ou um órgão pertencente a alguma estrutura administrativa, poderá ser adotado com outros, que se encontrem na mesma situação, a fim de resguardar o princípio da isonomia. Por isso, a necessidade de realizar um levantamento para saber se versa sobre um conflito único ou repetitivo. Contudo, isso não impede nem mesmo torna impossível a realização da transação, podendo, inclusive, se reduzir o número de disputas, aumentando a eficiência administrativa, como se verá a seguir.

O terceiro princípio constitucional, em que há preocupação de violação, é o princípio da publicidade. De acordo com Souza[36], quando se analisa a doutrina que trata da resolução consensual de conflitos, muito se levanta a ideia de que deve haver confidencialidade desses acordos, com o intuito de que as partes fiquem à vontade para negociar. Na esfera pública, entretanto, o que vige é o princípio da publicidade.

A preocupação, como nos alerta Palma[37], era de que a confidencialidade pudesse ser utilizada para fins espúrios, como conluios ou beneficiamento de particulares.

---

[32] SOUZA; Luciene Moessa. Resoluções de Conflitos envolvendo o Poder Público: caminhos para uma consensualidade responsável e eficaz. *In:* GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno (coord.). *Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*. Coleção Masc. Vol. 5. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 196.

[33] *Ibidem*, p. 196.

[34] *Ibidem*, p. 196.

[35] SOUZA, 2014, p. 197.

[36] *Ibidem*, p. 197.

[37] PALMA, 2014, p. 160.

A Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, que, entre outras coisas, versa sobre autocomposição de conflitos na esfera pública, no art. 2º, VII, bem como nos arts. 30 e 31, garante como regra a confidencialidade. Em contraponto, o art. 37 da Carta Magna garante a publicidade e a Lei nº 12.527/2011, art. 3º, I, afirma que a publicidade é regra e o sigilo a exceção, o que garante que a publicidade também pode ser relativizada. Dessa forma, de maneira geral, a publicidade será a regra, mas, em algumas hipóteses, haverá exceção, como nos casos de sigilo comercial, industrial e bancário, por exemplo.

Sobre a supremacia do interesse público, Palma[38] afirma que aqueles que eram contrários entendiam que a Administração era apenas a mandatária de um interesse que não lhe pertencia, mas sim a toda a coletividade. Todavia, como o próprio nome já diz, estará se tratando de um interesse que é publico e, se é assim, a celebração de acordos pode ser a própria materialização desses interesses, considerando todos os efeitos positivos que podem trazer.

Sobre os mesmos argumentos, deve-se aceitar que a transação não afeta a indisponibilidade do interesse público. Acrescente-se: o interesse público é o resultado da soma de diversos interesses, que podem ser articulados na fase de composição. Ademais, havendo previsão expressa da celebração do acordo, entraremos no âmbito da discricionariedade administrativa[39].

O que não pode haver é previsão expressa contrária à utilização da consensualidade, como ocorre na Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992)[40].

Questão a ser suscitada nesse tema refere-se à distinção de interesse público primário e secundário. Alguns acreditam que somente se deve aceitar a consensualidade nos interesses secundários, que dizem respeito a questões patrimoniais, como assegura Souza[41], e outros acreditam que não há essa distinção pois inexistem critérios objetivos que tragam uma distinção segura, passível de resultar nessa classificação de interesses, como aponta Palma[42]. Preferimos o segundo entendimento, pois, como já dissemos, quem irá dizer se um interesse público é maior do que o outro é o caso concreto.

De acordo com o relatado no momento em que tratamos do princípio da legalidade, podem haver previsões legais que vão ao encontro e outras em sentido contrário a uma política pública e, se entendemos que a consensualidade deve ser uma política pública, para ela a verdade se confirma.

De forma favorável, alguns princípios constitucionais devem ser observados, como o do acesso à justiça, que desemboca na razoável duração do processo judicial

[38] PALMA, 2014, p. 161-162.

[39] *Ibidem*, p. 163-164.

[40] *Ibidem*, p. 165.

[41] SOUZA, 2014, p. 199.

[42] PALMA, *op. cit.*, p. 164.

e administrativo, o da eficiência, que busca trazer a melhor relação custo-benefício, ou seja, menores custos, menos tempo, menos desgastes para a relação das partes, e o princípio democrático, em que o Estado não pode ser visto como um fim em si mesmo, mas sim que busque dialogar com os particulares, e também firmar um diálogo entre seus próprios órgãos, para encontrar as respostas mais adequadas para os problemas e atinja, assim, o interesse público[43].

Desse modo, é possível falar em utilização de meios consensuais de resolução de conflitos pela Administração Pública, especialmente se dermos a essa utilização um olhar de Direito & Economia, como veremos à frente.

Finalizando esse tópico, como dito anteriormente, a utilização dos meios adequados de solução de conflitos não se restringe apenas à órbita judicial, ao contrário, o próprio CPC, em seu art. 174, estabelece hipóteses exemplificativas de situações que podem ser submetidas às Câmaras Administrativas de Conciliação e Mediação.

Entre as hipóteses de conflitos passíveis de submissão encontram-se regrados os conflitos envolvendo órgãos e entidades da Administração Pública, a admissibilidade da adoção de resolução de conflitos que envolvam esses órgãos por meio da conciliação e a promoção da celebração de Termos de Ajustamento de Conduta, quando couber.

A Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, do art. 32 ao art. 34, tratou dos processos de autocomposição de conflitos envolvendo pessoas jurídicas de direito público, apresentando as mesmas hipóteses exemplificativas do Código de Processo Civil. Ainda, afirma que as transações formaram títulos executivos extrajudiciais.

Importa dizer, que o § 4º, do art. 32, da mencionada lei, excluiu das câmaras administrativas as controvérsias que somente possam ser resolvidas por atos ou concessão de direitos sujeitos a autorização do Poder Judiciário.

Como veremos a seguir, os bens a que se pretende aplicar os institutos consensuais podem precisar de autorização legislativa para efetivação, e não do judiciário; logo, pode-se submeter os acordos à Câmara Administrativa de Conciliação e Mediação e mesmo se formar um título executivo extrajudicial, devendo nesse caso ser submetido à homologação judicial após a oitiva do Ministério Público.

2. *BEM AMBIENTAL E INFRAÇÕES AMBIENTAIS*

No aspecto jurídico, pode-se denotar, segundo o art. 3º, I, da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, posteriormente recepcionada pela Constituição Federal de 1988, que meio ambiente é "(...) o conjunto de condições, leis, influências e

[43] SOUZA, *op. cit.*, p. 191.

interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas"[44].

O que importa verificar é se o meio ambiente é um bem passível de tutela na esfera jurídica, ou seja, é um bem jurídico.

Em uma concepção hodierna, Gagliano e Pamplona[45] entendem por bem jurídico toda a utilidade física ou ideal que seja objeto de um direito subjetivo.

Fiorillo e Conte[46] atentam que os bens são valores que devem ser preservados para a manutenção da convivência harmônica e pacífica entre os homens em uma dada sociedade, por conta disso estão atrelados à visão de utilidade, como afirmado anteriormente. Logo, é o Estado que, identificando a relevância de um valor ou de um objeto e opta pela tutela jurídica do mesmo, como um bem, os transforma em jurídicos.

Como se pondera, no conteúdo do bem deve ser observada a sua utilidade, e mais, a necessária vinculação a um direito subjetivo. Reconhecendo essa importância, bem como esse entrelace, o Estado passa a tutelá-lo, dando a devida proteção e garantias.

Ora, o ambiente, como mencionado, está ligado a tudo que envolve a vida, logo, se a vida é o bem imediatamente tutelado, aqueles que estejam ligados a ela deverão ser tutelados pelos direitos.

No âmbito da relevância de um bem para a tutela do Direito, dois pontos merecem análise. Primeiro, se ele é fruto de uma necessidade trazida historicamente e, depois, se para os bens que se quer tutelar há uma previsão constitucional.

Em uma perspectiva histórica, Fazolli[47] afirma que por anos prevaleceu o entendimento de que os elementos ambientais eram inesgotáveis, pois partiam da falsa premissa de que os recursos eram renováveis e existentes em grande escala na natureza. Somente quando os seres humanos percebem que esses recursos podem se esgotar, passam a dar uma proteção mais acentuada, mesmo que não diretamente, ao meio ambiente, porém, mais direcionada aos elementos que o circundam.

Nesse processo de conscientização destacam-se os novos rumos de constitucionalização da proteção ambiental, como assevera Benjamin[48] quando afirma que

---

[44] BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. *Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências*. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 2 set. 1981. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm >. Acesso em 12 de março de 2018.

[45] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 256.

[46] FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; CONTE, Christiany Pegorari. *Direito Ambiental Criminal*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 18.

[47] FAZOLLI, Silvio Alexandre. *Bem Jurídico Ambiental: por uma tutela coletiva diferenciada*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p. 19.

[48] BENJAMIN, Antônio Herman. Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 79.

o que chamou de crise ambiental, que teve novos contornos após a Segunda Guerra, libertou forças irresistíveis cujas correntes levaram à "ecologização" das Constituições, especialmente a partir de meados da década de 1970, quando essas Cartas começaram a considerar o ambiente como um valor que merecia tutela maior.

Como bem se observa, o meio ambiente, antes considerado inesgotável, portanto, sem carência de nenhuma tutela, passa a receber valor estremado, chegando ao seu ápice protetivo com a devida constitucionalização, em que é elevado à condição de bem jurídico, ou melhor, de bem jurídico constitucional.

Fazer essa constatação é ir mais além é perceber que o meio ambiente ganha o status devido de bem jurídico, cuja tutela tem finalidades específicas que foram apontadas na própria Carta Magna.

No Brasil, esses ditames são apresentados, no âmbito constitucional, no Capítulo VI, do Título VIII, art. 225.

Aqui se pode tecer algumas conclusões preliminares. O ambiente como o conjunto de condições, leis, influências e interações que envolvem a vida é um bem jurídico tutelado pelo ordenamento jurídico desde a Constituição Federal, e essa proteção se dá com o intuito de que os seres vivam bem e com saúde.

Diante de todas as considerações, o meio ambiente se enquadra na concepção de bem jurídico metaindividual, é dizer, nas palavras de Fiorillo[49], aquelas espécies de bem que ultrapassam os indivíduos, transcendendo aos limites de direito e obrigação de cunho individual.

Mazzilli[50] acrescenta que os titulares desse direito não possuem vínculos jurídicos ou fáticos muito precisos, podendo se afirmar que se trata de um grupo indeterminado de pessoas. Dessa forma, caracteriza o meio ambiente a sua indivisibilidade e o número indeterminado de pessoas atingidas por uma circunstância de fato.

Outra característica que a própria Constituição apresenta é que o meio ambiente é um "bem de uso comum do povo".

O Código Civil, no seu art. 99, classifica os bens públicos em bens de uso comum do povo, de uso especial e os dominicais. Logo, por essa classificação, os bens ambientais estão na primeira espécie.

Tartuce[51] assegura que esses bens são de domínio público do Estado e têm por característica a inalienabilidade, ou seja, enquanto pertençam a essa categoria não são passíveis de alienação.

---

[49] FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 6.

[50] MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 11. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 18.

[51] TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. Volume único. 6. ed. São Paulo: Editora Forense, 2016, p. 209.

Todavia, o próprio Tartuce[52] relembra que essa inalienabilidade não é absoluta, pois quaisquer bens podem perder essa característica desde que observado o procedimento de desafetação, pelo qual os transforma em bens dominicais, que são bens de domínio privado do Estado.

Entre os bens ambientais, Medauar[53] recorda que a própria Constituição no art. 225, § 5º, torna indisponíveis apenas as terras devolutas ou arrecadadas pelos estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

Logo, todos os demais bens ambientais, desde que desafetados para bens dominicais, são passíveis de alienação e disposição, desde que haja autorização do Legislativo correspondente, podendo essa ser expressa ou tácita, para a Administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e de avaliação prévia e de concorrência para todos os outros. Lembrando que se os bens pertencerem à União, por força do art. 23, da Lei nº 9.636, de 15 de maio de 1998, dependerão de autorização emitida pelo ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão, por delegação do presidente da República, por meio do Decreto nº 3.125/99[54].

Importa frisar que, independentemente desse ângulo de observação, o meio ambiente carece da devida proteção jurídica, incluindo essa necessidade à proteção constitucional.

A responsabilidade pela defesa e preservação do bem ambiental pertence ao Poder Público e à coletividade. Essa afirmação deriva da natureza jurídica, já informada, de que esse é um bem de todos. A noção de "todos" aqui estará delimitada, na visão de Benjamin[55], no entendimento que garante a qualquer pessoa, residente ou não, o benefício de tal direito.

Independentemente da obrigação de preservar, um dos aspectos que direciona este estudo é a verificação de responsabilidade para aqueles que saem dos limites da tutela jurídica do meio ambiente, especialmente quando esse é um ente estatal, haja vista, referindo-se à responsabilidade, ensina-nos Campos[56] que essa decorre da pressuposição da ocorrência de uma ação danosa de alguém que, atuando em princípio ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente, o que lhe faz se subordinar às consequências do seu ato, qual seja, a obrigação de reparar.

Nesse caso, o que gera a responsabilidade ambiental será a violação de alguma norma nessa área, causando, via de regra, degradação e prejuízos a humanidade.

---

[52] TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. Volume único. 6. ed. São Paulo: Editora Forense, 2016, p. 209.

[53] MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 19 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 311.

[54] *Ibidem*, p. 311-312.

[55] Benjamin, 2010, p. 125.

[56] CAMPOS, Leonardo Pio da Silva. Dano Moral Ambiental. *In*: AHMED, Flávio; COUTINHO, Ronaldo. *Cidades Sustentáveis no Brasil e sua Tutela Jurídica*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 89.

Mas, o que seria o dano ambiental para fins de reparação?

Silva[57] afirma que dano ecológico é qualquer lesão ao meio ambiente causada por condutas ou atividades de pessoa física ou jurídica de Direito Público ou de Direito Privado.

Corroborando e sistematizando essa visão, aponta Campos[58] que dano ambiental é toda agressão contra o meio ambiente causada por atividade potencialmente poluidora ou não, em decorrência de ato comissivo ou omissivo praticado por qualquer pessoa.

O dano está ligado a lesões ao meio ambiente, ou seja, à degradação, importando afirmar que o causador do dano poderá ser pessoa física ou jurídica de direito privado ou público, conforme diremos à frente, e essa noção é que nos ajudará a compreender o objetivo primordial do presente trabalho, qual seja, verificar a eficiência jurídica e econômica da aplicação da penalidade multa quando o agente causador é o próprio ente público.

Busca-se saber, então, se toda a lesão gerará uma responsabilização. Assim, acentua Marques[59] que a atividade humana sempre promove uma alteração no meio, às vezes de forma positiva, mas quase sempre negativa. Porém, somente aquelas ações que degradam de maneira mais acentuada é que serão objeto de previsão legal, até mesmo porque é impossível proibir toda e qualquer forma de poluição, devendo ao menos um mínimo ser admitido como meio, muitas vezes, de concretizar um dos objetivos fundamentais da República, qual seja, garantir o desenvolvimento nacional.

Partindo desse pressuposto, o dano ambiental é aquele que causa uma agressão significativa ao ambiente. E mais: existirão sempre danos que serão suportados para garantir o desenvolvimento nacional, cabendo, então, ao Estado, por meio dos seus poderes, ponderar os limites dos danos, por meio de leis, atos e decisões.

O certo é que, havendo o dano, o poluidor será obrigado a repará-lo, como leciona a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, especificamente nos arts. 4º, VII, e 14, § 1º.

Pelo que se verifica, a legislação pátria assegurou consagrado o princípio do poluidor pagador, para autores como Fiorillo[60], ou da reparação, conforme Machado[61], expresso como princípio 13 da Declaração do Rio de Janeiro/1992, bem como no Preâmbulo nº 7 da Declaração de Estocolmo.

O ápice dessa responsabilidade jurídica pelos danos ambientais e à saúde se consubstancia nos termos do art. 225, § 3º, da Constituição Federal: "(...) as condutas

[57] SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 308.

[58] CAMPOS, *op. cit.*, p. 83.

[59] MARQUES, José Roberto. *Meio Ambiente Urbano*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 68.

[60] Fiorillo, 2012, p. 96.

[61] MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 100.

e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados"[62].

A carta suprema foi além do que já haviam descrito, pois as legislações anteriores apenas resumiam-se a afirmar que seria responsabilizado civil e penalmente, e agora se passa a aplicar, também, sanções administrativas.

Dessa forma, aquele que de algum modo causar dano significativo ao meio ambiente, com implicações à saúde humana, será obrigado a repará-lo civil, penal e administrativamente.

O art. 225, § 3º, da Carta Magna, deixa isso evidenciado quando afirma que as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções administrativas.

Logo, decorre daí a existência de uma responsabilidade administrativa que, segundo Silva[63], resulta da infração de normas administrativas, que gera ao infrator uma sanção de natureza também administrativa.

Para Silva[64] essa responsabilidade resulta da capacidade que possuem as pessoas jurídicas de Direito Público de impor determinadas condutas aos administrados, sendo esse poder inerente a todos os entes estatais, observando os limites das competências institucionais de cada um.

Essa capacidade, na verdade, é um poder, e muito especialmente ao Direito Ambiental interessa o poder de polícia administrativa, do qual todas as entidades dispõem, a depender da matéria administrativa que lhe caiba regular.

Apenas para entender melhor, cumpre trazer o conceito apresentado por Medauar[65] que assume que poder de polícia é a atividade da Administração, pela qual impõe limites ao exercício de direitos e liberdades aos administrados.

É válido afirmar, na orientação de Fiorillo[66], que tratando-se da tutela jurídica de bens ambientais levando em conta os fundamentos do Estado Democrático de Direito, o poder de polícia está vinculado ao interesse difuso, e não ao interesse público. Logo, está relacionado à atividade administrativa destinada a regular prática de atos, ou mesmo fatos, que tenham por defesa os bens de uso comum do povo, essenciais à sadia qualidade de vida.

Questão que ronda os bens de natureza ambiental é a possibilidade de serem passíveis de consensualidade, considerando se tratarem de bens difusos, de uso comum do povo.

---

[62] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil (1988)*. 64. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

[63] SILVA, 2010, p. 304.

[64] *Ibidem*, p. 304.

[65] Medauar, 2015, p. 395.

[66] Fiorillo, 2012, p. 146.

Como já relatamos, esses bens de uso comum do povo estão previstos no Código Civil, no art. 99, I, e como tais são inalienáveis e impenhoráveis. Todavia, somente mantêm essas características nos casos em que permaneçam nessa condição, haja vista que, se houver uma desafetação, esses bens tornam-se alienáveis, desde que haja autorização legislativa, avaliação prévia e concorrência.

Aqui se abre exceções para a necessidade de licitação dos bens transformados em dominicais, que são apresentadas por Medauar[67], entre as quais destacamos a doação, apresentada pelo art. 17, I, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, permitida exclusivamente para outro órgão da Administração, de qualquer esfera de governo, excluídas as hipóteses previstas nas alíneas "f", "h" e "i", do mencionado artigo, alteradas pela Lei nº 11.952, de 25 de junho de 2009, que se referem à doação para programas habitacionais, uso comercial inserido em programas de regularização fundiária de interesse social e terras públicas rurais da União e do Incra, bem como a permuta por outro imóvel, para atendimento das finalidades precípuas da Administração, cuja eficácia está suspensa por força de liminar na ADI 927-3/93.

Cito essas exceções, pois envolvem alienação cujas partes são dois órgãos públicos, que no caso do pretenso trabalho podem ser alternativas para as conclusões que ao final se pretende alcançar.

Logo, a princípio, os bens ambientais, desde que desafetados a bens dominicais, que tenham avaliação prévia e autorização legislativa, são passíveis de disponibilidade.

Recordo que, no estado de São Paulo, essa autorização legislativa já foi concedida de forma ampla pelo art. 11, II, da Lei estadual nº 16.338, de 14 de dezembro de 2016.

Excluo, novamente, os bens trazidos pelo art. 225, § 5º, da Constituição Federal, quais sejam, as terras devolutas ou arrecadadas pelos estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais que, por opção do constituinte, não se enquadram nas situações de disponibilidade.

Tornar os bens disponíveis, contudo, não quer dizer que são passíveis de procedimentos de autocomposição.

Essa visão apresenta melhores detalhamentos por alguns doutrinadores. Merçon-Vargas[68], por exemplo, divide a indisponibilidade em material e instrumental, sendo a primeira referente à renúncia do direito e a segunda ao reconhecimento espontâneo de que não se tem razão na demanda. Em razão disso, afirma que o que se deve verificar é a disponibilidade de cunho instrumental, pois a material apenas reduziria os resultados a serem obtidos.

[67] Medauar, 2015, p. 312-313.

[68] Merçon-Vargas, 2012, p. 111-112.

Quanto à indisponibilidade procedimental voltada aos direitos difusos, o que se quer verificar é se esses podem ser considerados disponíveis sem a possibilidade de análise pelo poder judiciário. Segundo Merçon-Vargas[69] não parece haver qualquer problema, considerando a título de exemplo as investigações desenvolvidas pelo Ministério Público em inquéritos civis, que se não houver convencimento pode levar ao arquivamento do mesmo.

Contudo, seguindo a regra do art. 3º, § 2º, da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, enquanto mantiverem a condição de bem de uso comum, os mesmos são indisponíveis e, se transigíveis, especificamente a mediação deve ser homologada pelo Poder Judiciário, após oitiva do Ministério Público, essencialmente se esses acordos são firmados por particulares. Logo, nessa condição haverá também indisponibilidade procedimental.

Se as partes são pessoas jurídicas de direito público, por força do art. 32, § 3º, da referida legislação, havendo câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, a indisponibilidade procedimental não há de seguir, porque o acordo firmado virará título executivo extrajudicial.

No que tange à indisponibilidade material, Merçon-Vargas[70] alerta-nos que o que se quer investigar é a possibilidade de limitação dos resultados que se pretende alcançar com a utilização das técnicas extrajudiciais. Na verdade, o que não se quer é que haja concessão sobre direitos materiais violados ou ameaçados.

Merçon-Vargas[71] completa que a indisponibilidade passa a ser, então, sobre a possibilidade de as normas de ordem pública que regem a matéria ambiental serem aplicadas, o que em sua visão não podem. Melhor dizendo, as técnicas de resolução de interesses difusos e coletivos podem ser aplicadas, o que não pode é na celebração desses acordos deixarem de cumprir o regramento de direito ambiental.

Ocorre que esses regramentos podem deixar de ser cumpridos, gerando, como já demonstrado, uma lesão ou um dano ao meio ambiente, cometendo o que comumente chama-se de infrações ambientais. Para essas situações, a solução jurídica mais adequada seria a recomposição, quando possível, retornando ao *status quo ante*, ou, na impossibilidade do dever de reparação, proceder pela aplicação da penalidade de multa. Nesses casos, um bem jurídico orginalmente extrapatrimonial passa a sujeitar-se à aferição de sua expressão patrimonial e assim negociável, o que gera a possibilidade de utilização dos meios adequados de resolução de conflitos[72].

[69] Merçon-Vargas, 2012, p. 112.

[70] *Ibidem*, p. 114.

[71] *Ibidem*, p. 114.

[72] MERÇON-VARGAS, 2012, p. 116-117.

Desse modo, os bens de natureza difusa, como os ambientais, são procedimentalmente disponíveis e materialmente indisponíveis no que tange à barganha de dinheiros. Todavia, quando deixam de ser extrapatrimoniais e passam a patrimoniais, quanto à utilização de meios consensuais passam a ser disponíveis. Assim, entende-se que em casos de dano ambiental a consensualidade seja o caminho mais promissor, especialmente, porque como vimos o quadro normativo-legal o autoriza.

A doutrina diverge quanto às técnicas que devem ser utilizadas para a solução desses conflitos.

Rodrigues, Lorenzi e Rosa[73] apostam na utilização da mediação, por acreditar que os meios "tradicionais" de solução de controvérsias não são de todo eficaz. Ademais, crê que deve ser restabelecido o diálogo entre as partes, que trará uma solução rápida, célere e preventiva.

Merçon-Vargas[74], por sua vez, acredita que os métodos de conciliação e negociação são mais eficazes, reafirmando que sua utilização não pode restar em renúncia de direitos.

Acreditamos que a segunda corrente se sustenta em melhores razões, devendo ser aplicada a negociação e prioritariamente a conciliação, especialmente porque, como já demonstrado, a mediação deve ser utilizada nas situações em que há uma relação anterior entre as partes, o que geralmente não ocorre nos casos ambientais. Principalmente, se já instaurada a câmara de prevenção e resolução administrativa de conflitos, essa será uma oportunidade de sua aplicação.

Mais do que apenas a intenção de dar celeridade à resolução dos conflitos, nos casos de substituição da pena de multa, em razão do cometimento de infração ambiental, a utilização da conciliação atende ao reclamo da eficiência econômica, na tentativa de preservar o interesse público, como veremos no capítulo seguinte.

3. EFICIÊNCIA JURÍDICA E ECONÔMICA DAS SANÇÕES AMBIENTAIS E POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO POR MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

A eficiência administrativa, do ponto de vista jurídico, sempre foi estudada, mas é a partir da Emenda Constitucional nº 19, de 1998, que ela assume o papel de princípio constitucionalmente tutelado.

[73] RODRIGUES, Alexsandra Gato; LORENZI, Bianca Cassiana Ferreira; ROSA, Felipe Luiz. A Mediação como Alternativa na Solução de Conflitos: análise de sua aplicabilidade nos conflitos socioambientais. *In*: *Anais do 4º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: mídia e direitos da sociedade em rede. Universidade Federal de Santa Maria*. Disponível em <www.ufsm.br/congressodireito/anais>. Acesso em 28 mai. 2018.

[74] Merçon-Vargas, *op. cit.*, p. 116-117.

Nas palavras de Tourinho[75]: "O princípio da eficiência, dotado de conteúdo próprio, consiste no dever de alcançar a solução que seja ótima para o atendimento das finalidades públicas. Seria a atuação administrativa visando à extração do maior número de efeitos positivos para o administrado."

Vê-se da exposição que embutida na noção do princípio está o objetivo primordial da Administração, ou seja, adoção de medidas para atingir o bem comum, por meios lícitos, satisfazendo sempre as necessidades dos administrados e gerando economia e produtividade. Essas visões já nos deixam claro que o princípio não se resume a meros controles de gastos públicos, mas também à satisfação dos resultados da atividade administrativa[76].

Vale trazer à baila a noção de Di Pietro[77], que considera que o conteúdo desse princípio deve ser analisado sob dois aspectos: o primeiro se dirige ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e o segundo se refere ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.

Vislumbra-se claramente que a intenção é que tanto a Administração, de modo amplo, cumpra esse princípio, como o próprio agente público, no desempenho de suas atribuições.

Passaremos à análise da eficiência do ponto de vista econômico, pois é ela, atrelada à eficiência jurídica, que justifica a utilização dos métodos adequados de resolução de conflitos, nas infrações envolvendo os órgãos da Administração Pública. Em especial, verificaremos os métodos a seguir denominados de ótimo de Pareto e Kaldor-Hicks.

Pelo ótimo de Pareto, a ideia que se apresenta é que não há como melhorar a situação de uma parte envolvida sem prejudicar a situação dos outros[78].

Nesse sentido, Martinez[79] confirma que este é o conteúdo da ideia apresentada por Pareto (1906), difundida como ótimo de Pareto, qual seja que o ponto de eficiência é aquele em que não há como melhorar a situação de ninguém sem piorar a situação de alguém.

---

[75] TOURINHO, Rita. *Discricionariedade Administrativa: ação de improbidade & controle principiológico*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 89.

[76] MODESTO, 2001, *apud Ibidem*, p. 90.

[77] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 84.

[78] GARCIA, Fernando. Contribuições à Economia Neoclássica. *In*: PARETO, Vilfredo. *Manual de Economia Política*. Tradução de João Guilherme Vargas Netto. São Paulo: Nova Cultural, 1996. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1268541/mod_resource/content/1/pareto%20%281996%29%20manual%20de%20economia%20politica.pdf>. Acesso em 19 mar. 2018, p. 13.

[79] MARTINEZ, Ana Paula. Análise de Custo-Benefício na Adoção de Políticas Públicas e Desafios Impostos ao seu Formulador. *In*: *Revista de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, ano 2009, n. 251, mai./ago. 2009.

Cooter e Ulen[80], seguindo a mesma linha, anunciam que o ótimo de Pareto consiste na possibilidade de alcance do bem-estar máximo de uma sociedade, que é atingido quando há possibilidade de aumentar o bem-estar de alguém sem reduzir o bem-estar de outro. Sendo assim, haveria um equilíbrio, que preferiram chamar de ótimo social, pois a soma das utilidades dos bens de cada indivíduo geraria o maior valor possível desse bem.

Garcia[81] afirma que os critérios propostos por Pareto trouxeram a possibilidade de estabelecer comparações de bem-estar social sem utilizar de recursos de valores morais. Para ele, todo equilíbrio geral de economias em concorrência perfeita, de forma independente da distribuição inicial de recursos, maximiza o bem-estar da sociedade. Logo, pelo ótimo de Pareto, o equilíbrio de bem-estar pode ser atingido pelo equilíbrio competitivo, de forma que haja uma distribuição apropriada de recursos iniciais.

É seguindo essa visão que Silva[82] concluiu que os objetivos de eficiência econômica propostos por Pareto dificilmente serão alcançados, em razão de ser muito restritivo. Ademais, na aplicação de políticas públicas ou nas trocas de mercado há efetivamente ganhadores e perdedores.

Nesse sentido, Mackaay e Rousseau[83] afirmam que se os mercados evoluíssem no sentido de um equilíbrio geral, eles atingiriam o ótimo de Pareto. Todavia, para que isso ocorresse seriam necessárias algumas premissas, como a concorrência entre todos os mercados, a apropriação de todos os bens e serviços negociados nos mercados, a imputação de todo custo de produção ao produtor e não a terceiros, bem como a informação completa a todos os participantes a respeito das opções disponíveis.

Continua assegurando que isso raramente ocorre, gerando a ausência, a imperfeição ou a falha de mercado. Entre as imperfeições estão os monopólios e certas formas de concorrência disfarçadas ou falseadas, os bens coletivos, as externalidades e a assimetria da informação[84].

Interessa-nos saber sobre os bens chamados por eles de coletivos, que são aqueles que, uma vez disponíveis, não permitiriam que alguém fosse excluído de seu uso, e, por consequência, a sua utilização não diminuiria a quantidade disponível para outras pessoas. Assim, ninguém pode ser excluído de seu uso, todos serão

---

[80] COOTER, Robert; ULEN; Thomas. *Direito & Economia*. 5. ed. (trad.). Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 411.

[81] Garcia, 1996, p. 10.

[82] SILVA, Leandro Novais e. A Análise Econômica do Direito e a Vertente Welfarista: a teoria, seu uso na regulação econômica, seus limites e deficiências. *In*: *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, Ano 6, n. 23, jul. / set. 2008.

[83] MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. Tradução Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 122.

[84] *Ibidem*, p. 122.

tentados a abusar deles, e ninguém no setor privado poderá produzir ou terá interesse em fazê-lo[85].

Ora, se assim é, dificilmente se conseguirá atingir eficiência econômica utilizando-se desse ponto de vista, pelo que a utilização de critérios de custos-benefícios é mais adequada para alcançar este objetivo.

Kaldor-Hicks (1939), segundo Martinez[86], tenta superar as limitações apresentadas por Pareto (1906), em que a maioria das decisões se fundamentam exclusivamente em solucionar a dicotomia entre beneficiados e prejudicados. Assim, o que propõe é uma política que visasse aumentar o bem-estar dos beneficiados em um montante superior à perda dos prejudicados.

Referindo-se ao critério Kaldor-Hicks, Botelho[87] assegura que deve ser utilizado nas situações nas quais as externalidades e os custos de transação impeçam os mercados em atingir resultados pretendidos pelo ótimo de Pareto, estando destacada a relevância de os ganhadores compensarem os perdedores, por meio de uma alocação de bens, no sentido de compensar as perdas, ou seja, quando não houver a possibilidade de realizar uma transação em que as duas partes se saiam vitoriosas, utiliza-se o segundo critério e não o primeiro.

Por conta disso, Silva[88] acredita que o critério Kaldor-Hicks, na verdade, se trata de uma eficiência potencial de Pareto, haja vista que a mesma se satisfaz quando o incremento total de riqueza tiver saldo líquido, ou seja, for positivo o bem-estar final.

Nessa seara, Pimenta e Bonglione[89] afirmam que é em Kaldor-Hicks (1939) que se apresenta uma análise de como as instituições e convenções devem ser criadas, ou melhor, como a lei ou os sistemas legais deveriam ser, baseando-se na escola *Normative Law and Economics*, que decorre dos estudos de Bentham e Guido Calabresi.

Para Martinez[90], existia, na verdade, uma política de equilíbrio, em que se maximiza o bem-estar dos beneficiados, para gerar um saldo que compense a perda dos prejudicados.

Segundo Pimenta e Bonglione[91], para Kaldor-Hicks (1939) somente haverá um ganho real no bem-estar da sociedade quando a redistribuição de riqueza não trouxer o desejo aos agentes econômicos de retornarem à posição inicial.

---

85 MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. Tradução Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 123.

86 MARTINEZ, 2009.

87 BOTELHO, Martinho Martins. A Eficiência e o Efeito Kaldor-Hicks: a questão da compensação social. *In*: *Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável*, vol. 2, n. 1, p. 27-45, jan./jun. 2016, p. 37.

88 SILVA, 2008.

89 PIMENTA; BONGLIONE, 2008.

90 MARTINEZ, 2009.

91 PIMENTA; BONGLIONE, *op. cit.*

Martinez[92] assegura que a saída para o grande desafio de Kaldor-Hicks (1939) de apresentar uma fórmula de medição dos ganhos de bem-estar, a fim de computar o saldo líquido de uma política, será a análise de custo-benefício apresentada pela economia.

De acordo com Martinez[93], por vezes essa solução do custo-benefício recebe críticas, por a considerarem injusta.

Todavia, essa crítica parte de um alvo errado, pois o que se precisa é verificar a situação que existia antes de a política escolhida pelo governo ser implementada e qual a que passou a existir após a instalação. O equívoco está em não incorporar à discussão a distribuição inicial de bens e direitos, que é um elemento essencial, pois o método é comparativo. Desse modo, a crítica perde seu conteúdo, pois o método nunca buscou este objetivo de trazer justiça, mas sim de equiparar a realidade anterior com aquela em que a mesma se formou. Somente assim saberemos se a política pública escolhida foi eficiente ou não.

Para Martinez[94] é a análise de custo-benefício que nos orienta para o alcance dos objetivos a serem perseguidos pela Administração, tentando alcançá-lo de forma mais eficiente, aumentando o montante de recursos disponíveis para o que se pretende alcançar, evitando desperdícios.

Nesse diapasão, França[95] diferencia o que é Gestão Pública eficiente e Gestão Pública ótima. A última segue os critérios de Pareto; logo, se não pode haver bem-estar sem perda para alguma das partes envolvidas, estaríamos diante de uma Administração que exige perfeição, independentemente do critério objetivo e seguindo padrões preestabelecidos para tal. Aquela, a eficiente, não tem pretensões de perfeição, mas objetivos claros de desenvolvimento de metas sólidas, responsáveis, sindicáveis e que oportunizem a participação de todos na busca do bem comum, se aproximando mais do critério Kaldor-Hicks de eficiência.

A Administração ótima não leva em consideração a natureza humana falível, o que na realidade atual não é possível se consentir. Assim, mais adequado uma análise de custos e benefícios e um direcionar de esforços buscando uma eficiência em que se saiba que, por essa natureza falível, algum grupo social acabará ganhando mais, contudo, no saldo final o maior número de pessoas terá benefícios de alguma forma.

Por fim, alerta Martinez[96], o escalonamento do grau de justiça de uma política não desonera o administrador de ter que tomar decisões no meio da escassez, nem

[92] MARTINEZ, *op. cit.*

[93] *Ibidem*.

[94] *Ibidem*.

[95] FRANÇA, Phillip Gil. Breves Considerações sobre a Adequada Gestão Pública: busca-se a ótima ou a eficiente? *In*: *Revista de Contratação e Gestão Pública*. Belo Horizonte: Fórum, ano 10, n. 116, ago. 2011.

[96] MARTINEZ, *op. cit.*

mesmo da avaliação prudencial, conforme determina a eficiência do ponto de vista jurídico. Logo, a análise custo-benefício convive bem com as políticas redistributivas e com os ideais de justiça.

Ademais, conforme lição de Silva[97], o estudo da análise econômica do direito não deixa de lado as discussões de ordem filosófica ou ética, como querem aqueles que criticam a análise de custo-benefício, até mesmo porque resguardar uma solução que piore a situação de todos envolvidos é eticamente inferior em relação àquela em que é possível maximizar o bem-estar de todos, mesmo que em potencial.

Adentrando no ponto central deste estudo, já vimos que as demandas ambientais tanto do ponto de vista procedimental quanto material são passíveis de utilização de métodos adequados de solução de conflito, ou melhor, métodos consensuais, desde que não haja renúncia de direitos.

Isso porque a regra em direito ambiental é a retomada do *status quo ante* do meio violado, além das possíveis penalidades a serem aplicadas, baseando-se no princípio do poluidor pagador. Quando não há essa possibilidade, entretanto, utilizando-se do mesmo princípio aplica-se apenas a penalidade adequada.

Especificamente, essas infrações vieram a ser disciplinadas pelo Decreto nº 6.514, de 22 de julho de 2008. Segundo a legislação, em especial o art. 5º, *caput* e § 1º, a pena de advertência, que é a pena mais branda, poderá ser aplicada nas infrações de menor lesividade ao meio ambiente, consideradas aquelas cuja multa não ultrapasse a quantia de R$ 1.000,00 (mil reais).

Verifica-se da leitura do texto que a regra é a aplicação da penalidade multa, o que gerará um custo para o infrator, que no caso a ser estudado são órgãos da Administração direta e indireta. Somente não há aplicação da pena nas situações em que a mesma for inferior a um valor determinado. Fica evidente que a intenção é fazer valer o princípio do poluidor pagador, estabelecido na Constituição Federal e na Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, mas também, de trazer um encargo àqueles que causarem danos ao meio ambiente.

Ora, importa dizer, ainda, que o art. 7º do Decreto nº 6.514/2008 veda a aplicação de nova penalidade de advertência àqueles que foram autuados por quaisquer infrações ambientais, pelo período de 3 (três) anos, o que de alguma forma também é um encargo a ser suportado pelo infrator.

Ocorre dizer que, no nosso caso de estudo, os infratores são órgãos da própria administração federal, estadual ou municipal, e a responsabilidade pelo pagamento da penalidade será a Fazenda Pública daquele ente, ou seja, a coletividade. É, assim, dinheiro entrando e saindo da própria Fazenda Pública, mesmo que de entes públicos diversos.

[97] SILVA, 2008.

É certo que o pagamento de multas por infrações, ou mesmo a aplicação de penalidades superiores, com a demolição, não é interesse da coletividade, incluindo-se aí a população que resida em determinado município, por isso é necessário encontrar saídas para se atingir o fim último de toda a Administração Pública, qual seja o interesse público.

Estudos realizados no Portal da Transparência do estado de São Paulo demonstram que somente no ano de 2017 foram arrecadados R$ 59.603.690,27 (cinquenta e nove milhões, seiscentos e três mil, seiscentos e noventa reais e vinte e sete centavos), com a aplicação de multas por infrações ambientais. Esse dado é geral, não há distinção entre órgãos públicos e entes privados.

Contudo, a título comparativo, com o ano terminado foram arrecadados R$ 55.969.891,14 (cinquenta e cinco milhões, novecentos e sessenta e nove mil, oitocentos e noventa e um reais e quatorze centavos), R$ 52.017.433,12 (cinquenta e dois milhões, dezessete mil, quatrocentos e trinta e três reais e doze centavos), R$ 45.674.571,05 (quarenta e cinco milhões, seiscentos e setenta e quatro mil, quinhentos e setenta e um reais e cinco centavos) e R$ 48.318.987,17 (quarenta e oito milhões, trezentos e dezoito mil, novecentos e oitenta e sete reais e dezessete centavos), respectivamente aos anos de 2016, 2015, 2014 e 2013[98].

Isso demonstra que a média de aplicação de multas permanece com uma variável irrisória, podendo, inclusive, ter tido aumento e não redução.

Relacionando esses dados para o setor público, temos a presunção de que o mesmo venha ocorrendo, ou seja, não se reduz a aplicação de multas ambientais e não se reduz os casos de infrações ambientais.

No estado de São Paulo, as infrações ambientais ainda estão dispostas no Decreto nº 60.342/2014, e nas Resoluções SMA nº 48/2014 e SMA nº 51/2014, sendo que essa última legislação inaugurou o Programa Estadual de Conciliação Ambiental, o que nos leva a concluir que, mesmo após a edição da legislação, a redução das penalidades e das infrações foi muito restrita, inclusive, tendo aumentado no ano seguinte. Ocorre que esse programa está muito mais para um Termo de Compromisso de Compensação Ambiental, em que a autoridade estadual dita as condições de cumprimento, do que para um acordo celebrado entre as partes.

Em razão disso a hipótese do presente trabalho assume como verdade a ideia de que a aplicação de penalidades não gera a redução de infrações ambientais, não trazendo consigo a proteção ambiental das futuras gerais tão almejada.

[98] SÃO PAULO. SECRETARIA DA FAZENDA. *Consulta Receita Orçamentária*. Disponível em: <https://portal.fazenda.sp.gov.br/acessoinformacao/Paginas/Consulta-Receita-Or%C3%A7ament%C3%A1ria.aspx>. Acesso em 5 dez. 2017.

Nessa seara, Moreira Neto[99] assegura que a coerção é imprescindível para a existência das sociedades, mas não é suficiente, devendo sempre estar atrelada à desconfiança e somente assim gerar o consenso.

Essa ineficiência pode ser demonstrada com a análise de eficiência econômica que já demostramos neste capítulo.

Como dito, pelo ótimo de Pareto para se atingir o bem-estar social, em uma demanda que envolva duas partes, é necessário que nenhuma das envolvidas perca, o que não pode ocorrer, tendo em vista que, independentemente de o autuado ser pessoa física ou jurídica, de direito público ou de direito privado, o mesmo sempre irá perder.

Do ponto de vista Kaldor-Hicks, é possível admitir que a imposição de multas pode ser eficiente, tendo em vista que o órgão público adquirirá o valor e a coletividade sairá ganhando. Pode ser que essa eficiência tenha melhor resultado quando o infrator for pessoa física ou jurídica de direito privado, posto que sai do ganho individual, mas a coletividade acaba faturando. Mas, quando o infrator for pessoa jurídica de direito público, uma coletividade pode acabar perdendo mais do que a outra, se considerarmos, por exemplo, infrações cometidas por municípios, em que a comunidade local sairá prejudicada em razão da comunidade estadual. Esses valores para pagamento de multas certamente poderiam ser investidos em outras áreas, como saúde, educação e segurança, que são pontos diariamente questionados pelos munícipes.

Como dito, o meio ambiente é um bem jurídico, e a noção de bem jurídico está atrelada à de utilidade. Por conta disso, a sua tutela deverá pautar-se nas concepções de eficiência e de custo-benefício das políticas públicas utilizadas para sua proteção.

Assim, conclui-se que é possível aplicar métodos consensuais de resolução de conflitos, em substituição de multas ambientais, para trazer maior eficiência e custo-benefício à relação formada; então deve-se utilizá-la.

Com o intuito de registrar os casos que envolveram discussão de multas ambientais, aplicadas pelo órgão ambiental do estado de São Paulo e suas unidades vinculadas, que nos anos 2017 e 2018 foram levadas ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, realizamos uma pesquisa no sítio eletrônico do referido órgão jurisdicional (www.tjsp.jus.br). Ressalte-se que a delimitação para os anos 2017 e 2018 se deu para entender qual vem sendo o entendimento mais recente dos Tribunais.

Utilizou-se como termos de referência para a pesquisa de jurisprudência as seguintes palavras: "Cetesb E multa E ambiental NÃO cnh NÃO Detran E município NÃO 'Ministério Público'".

Da pesquisa obtivemos 2.540 (dois mil quinhentos e quarenta) processos, relativos aos anos de 2011 até 2018. Desses processos, 254 (duzentos e cinquenta

[99] MOREIRA NETO, 2003, p. 132.

e quatro) referiam-se aos anos de 2017 e 2018. Esses resultados envolviam tanto a discussão entre entes privados com os órgãos ambientais, que sofreram a aplicação de multas, quanto aos órgãos públicos, incluindo-se especialmente municípios da federação. Especificamente os processos que envolviam discussões entre o órgão público ambiental estadual e o órgão público infrator somaram 27 (vinte e sete) processos.

Vale lembrar que o infrator ambiental, como já afirmamos, pode ser pessoa física ou jurídica, privada ou pública, incluindo aí as pessoas jurídicas de direito público interno.

A intenção era encontrar algum caso que envolvesse entes públicos, que nos desse argumentação suficiente para discutir a eficiência econômica da substituição das penas de multas pela utilização de métodos consensuais de resolução de conflitos.

Nessa busca nos deparamos com a Apelação nº 1046191-39.2014.8.26.0053, que tinha como apelante o município de Itapecerica da Serra e apelado a Fazenda Pública Estadual. Essa Apelação foi proposta em face de uma decisão em Ação Anulatória de Débito Fiscal, cuja certidão de dívida ativa referia-se a débito por multa de natureza ambiental.

Segundo consta nos autos do processo, em 24 de janeiro de 2012 o município de Itapecerica da Serra foi autuado por meio do Auto de Infração Ambiental – AIA nº 2660.041, pela Polícia Militar Ambiental, em razão do acúmulo de aproximadamente 6.000 m³ de terra, entulho e vergalhões decorrentes de movimentação de terra em área de proteção de mananciais, sem a devida licença ambiental competente, incorrendo no art. 90 da Resolução SMA nº 32/2010. O fato gerou também o Boletim de Ocorrência nº 120.162, por possível cometimento de crime ambiental.

Não consta nos autos do processo judicial o valor da multa que foi aplicada na oportunidade, mas presume-se ser maior do que R$ 1.000,00 (mil reais), senão teria sido aplicada a pena de advertência, conforme já exposto também. Acrescida a multa houve o embargo da obra.

A movimentação de terra teria ocorrido com o intuito de construir uma Unidade Básica de Saúde, no Bairro Velho, do município de Itapecerica da Serra, demandada pela população local, em razão da deficiência na área de saúde.

Justificou a municipalidade que não havia solicitado a devida autorização ambiental, considerando que o Decreto estadual nº 51.686, de 22 de março de 2007, que regulamentou a Lei estadual nº 12.233, de 16 de janeiro de 2006, que define a Área de Proteção e Recuperação dos Mananciais da Bacia Hidrográfica do Guarapiranga, dispõe que somente empreendimentos com mais de 10 (dez) mil metros quadrados dependem de aprovação e licenciamento dos órgãos estaduais e, no caso, a área do terreno embargado correspondia a 2.823 m² (dois mil oitocentos e vinte e três metros quadrados), que o licenciamento poderia ter sido feito por órgãos estaduais ou municipais, além de estar de acordo com o Plano Diretor Municipal, e o fato de o município não ter submetido suas leis à análise do Subcomitê Cotia-Guarapiranga e

do Comitê da Bacia Hidrográfica do Alto Tietê, não o impede de licenciar obras com menos de 10 (dez) mil metros quadrados.

Essas razões foram utilizadas tanto em sede de ação, como em sede de apelação e nas duas hipóteses recebeu o mesmo tratamento, foram julgadas improcedentes, considerando que a competência para o licenciamento é exclusivamente do estado, podendo ser delegada aos municípios, desde que suas leis tenham sido compatibilizadas com a legislação estadual, após análise do Subcomitê Cotia-Guarapiranga e do Comitê da Bacia Hidrográfica do Alto Tietê, o que não ocorreu. Inclusive, o município de Itapecerica da Serra não consta da lista da Companhia Ambiental do Estado de São Paulo – Cetesb como município licenciador.

O fato é que no caso em análise a área em que deveria ser construída a UBS pertencia ao município, portanto, não haveria meio de tornar o bem disponível de cara, por meio daquelas hipóteses de desafetação ou de doação, conforme mencionado anteriormente.

Todavia, desde que não se abdicasse do dever de o município licenciar o empreendimento, a aplicação da multa deveria ter sido submetida a negociação ou conciliação, por parte da municipalidade e do estado, com vimos.

Do ponto de vista de eficiência segundo Kaldor-Hicks, a construção de uma Unidade Básica de Saúde, que era fundamental para aquela população local, seria atendida, pois o estado pode até mesmo perder o valor a ser arrecadado, mas os benefícios adquiridos pelos moradores do Bairro Velho e vizinhos seria muito maior.

Lembre-se que aqui estamos falando de um embate entre dois bens que de forma indireta atinge o bem maior que é a vida, ou seja, o meio ambiente, e a saúde, portanto, além dos aspectos de eficiência econômica, a realização de um acordo poderia manter o direito material e garantir que a vida fosse preservada.

Outrossim, ainda considerando as ideias de custos-benefícios, a celebração do acordo evitaria a instauração de processo judicial, atendendo a um dos objetivos da aplicação dos meios consensuais de resolução de conflito, qual seja a diminuição de demandas judiciais.

É certo que, pelo que se viu durante a fase recursal do procedimento administrativo, o valor da multa foi reduzido em 40% (quarenta por cento), mas não há notícias nem mesmo da celebração de Termo de Compromisso de Compensação Ambiental, que, caso fosse, não deveríamos considerar como meio consensual, haja vista ser impositivo.

Em termos de custos-benefícios, poder-se-ia questionar se o município não poderia, após celebrar o acordo, entrar com uma ação em face do estado para questionar a lavratura do auto de infração. De fato, isso poderia ocorrer, mas como vimos as chances de que isso ocorra são muito pequenas, especialmente porque a parte estaria firmando uma transação que ela mesmo foi parte no momento da composição.

Nem mesmo aplicou-se o procedimento estatuído na Resolução SMA nº 51, de 5 de junho de 2014, não tendo sequer sido aventada a visualização dessa

possibilidade, tendo em vista que o processo judicial é datado de 24 de janeiro de 2012 e teve seu registro em 3 de novembro de 2014.

Valioso, ao fim, recordar que, regra geral, os mecanismos de consensualidade devem ser utilizados quando houver certeza do repouso da razão sobre a parte que comete uma infração administrativa, ou quando restar dúvidas sobre quem possui a devida razão. Nesse caso, como a legislação deixou dúvidas quanto à competência para o licenciamento, que, inclusive, levou o caso à discussão dos tribunais, a utilização dos métodos consensuais de resolução de conflitos é fundamental.

CONCLUSÃO

Por tudo quanto exposto, vimos que o controle sobre a resolução de conflitos nem sempre foi estatal, tendo o Estado assumido essa função principalmente a partir da tripartição de poderes. Antes, porém, havia três espécies de formas de solução, que perduram de certo modo até hoje, quais sejam, a autotutela, a autocomposição e a heterocomposição.

Com o decorrer do tempo, essa atividade passou por inúmeros problemas referentes ao acesso à justiça, que decorrem do acúmulo de processos, dos custos processuais e do surgimento de novos direitos. Isso levou os juristas a repensar a forma de solução de conflitos, sugerindo o retorno das técnicas de autocomposição.

A utilização de meios consensuais de resolução de conflitos pela Administração Pública vem ganhando lugar de destaque na nova forma de agir e pensar a gestão dos bens pertencentes à coletividade. Em seu conceito está a ingerência de interesses públicos, com o fim de dar a eles o seu verdadeiro significado.

Despontam como argumentos favoráveis à sua utilização, princípios como o do acesso à justiça, o democrático e da eficiência, os quais merecem maior atenção.

A discussão em termos da utilização de meios consensuais de resolução de conflitos ganha novos contornos quando os bens a serem discutidos são bens ambientais que, em função de sua inalienabilidade e indisponibilidade, têm gerado discussões.

Quanto à inalienabilidade, percebendo que esses bens são de uso comum do povo, ficou evidente que, desde que passem por um processo de desafetação, eles poderão ser transferidos, principalmente quando se tratar de transferência para outros entes federativos, a título de doação ou permuta, para fins de atingimento do interesse público.

Em relação à indisponibilidade, verificou-se que essa pode ser dividida em procedimental e material.

Observando pelo prisma da indisponibilidade procedimental, os bens ambientais são disponíveis, pois essa se refere à possibilidade de gerenciar sem a submissão ao poder judiciário, o que já ocorre, tanto pelo Ministério Público, quanto pelos órgãos ambientais por força de lei, em especial da nova lei que regulamenta o processo de mediação.

Sobre a visão da indisponibilidade material, quer-se verificar a possibilidade de se dispor sobre o direito material e não sobre a forma de solução de controvérsia sobre esses direitos. Desse modo, a utilização de métodos consensuais de resolução de conflitos é viável desde que não se abra mão do direito material.

O exemplo claro disso é a supressão de vegetação em área em que não se pode voltar ao *status quo ante*. Nessas situações, o bem impossível de mensuração econômica, sob a tutela do princípio do poluidor pagador, autoriza que sejam aplicadas punições de natureza cível, administrativa e penal.

Entre essas penalidades destaca-se a pena de multa administrativa, que torna um bem imensurável em mensurável, com o intuito de ver compensada a infração cometida. Nessas hipóteses a aplicação das técnicas consensuais de resolução de conflitos materializa-se como forma de substituir a aplicação da pena de multa por algum benefício ao meio ambiente, desde que não se disponha do direito material, a necessidade de autorização para a supressão vegetal, a fim de regularizar o empreendimento, e outras que se fizerem necessárias.

Essa aplicação de técnicas adequadas de solução de conflitos responde a uma demanda não somente de resolver os problemas de cunho judicial, mas também de dar maior eficiência, principalmente do ponto de vista econômico.

Verifica-se que a ideia de eficiência está atrelada ao conceito de bem estar-social, cuja melhor visão seria a de ótimo de Pareto, pela qual a melhor alternativa para a solução de um conflito seria aquela que trouxesse benefícios para as duas partes envolvidas na transação, o que nos faz acreditar que, tratando-se de conflitos envolvendo dois órgãos públicos, ambos devem abrir mão de parcela de seus interesses em prol da coletividade.

Todavia, tratando-se de bem ambiental, em que há aplicação da penalidade multa, uma parte sempre há de sair mais prejudicada, pelo que neste trabalho optou-se pela adoção dos critérios de eficiência segundo Kaldor-Hicks, haja vista, apesar de a multa ser aplicada a um ente público, quem sofrerá as consequências diretas é a coletividade, portanto, deve-se sempre preservar o interesse público.

Nesse sentido verificou-se que, se o meio ambiente é um bem jurídico e a noção de bem jurídico está atrelada à de utilidade, a sua tutela deverá pautar-se em concepções de eficiência e de custos-benefícios das políticas públicas utilizadas para a sua proteção.

Por conta disso, a utilização de métodos consensuais trará maior eficiência, em especial a econômica, trazendo custos-benefícios evidentes, como a não necessidade de utilização da via judicial para a solução do conflito, garantindo que o mesmo seja resolvido de acordo com a vontade das partes, que nesse caso seriam dois entes da federação.

Entre os métodos de resolução, consigne-se que, apesar de toda a discussão sobre qual o melhor a ser utilizado quando o bem envolvido é o meio ambiente, seguimos a corrente que diz que a negociação e a conciliação são as melhores alternativas, tendo em vista que as partes não possuíam uma relação anteriormente formada.

REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Antônio Herman. Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 32-155.

BOTELHO, Martinho Martins. A Eficiência e o Efeito Kaldor-Hicks: a questão da compensação social. *In*: *Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável*, vol. 2, n. 1, p. 27-45, jan./jun. 2016.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil (1988)*. 64. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 2 set. 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso em 12 mar. 2018.

_____. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 fev. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9605.htm>. Acesso em 12 mar. 2018.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 12 mar. 2018.

_____. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 29 jun. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm>. Acesso em 12 mar. 2018.

CAMPOS, Leonardo Pio da Silva. Dano Moral Ambiental. *In*: AHMED, Flávio; COUTINHO, Ronaldo. *Cidades Sustentáveis no Brasil e sua Tutela Jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 81-96.

COOTER, Robert; ULEN; Thomas. *Direito & Economia*. 5. ed. (trad.). Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 403-466.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 273-280.

EIDT, Elisa Berton. Os Institutos da Mediação e da Conciliação e a Possibilidade de sua Aplicação no Âmbito da Administração Pública. *In*: *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*. Vol. 36, n. 75, jan./jun. 2015, p. 55-74. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/101691>. Acesso em 18 abr. 2018.

FAZOLLI, Silvio Alexandre. *Bem Jurídico Ambiental: por uma tutela coletiva diferenciada*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____; CONTE, Christiany Pegorari. *Direito Ambiental Criminal*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 18.

FRANÇA, Phillip Gil. Breves Considerações sobre a Adequada Gestão Pública: busca-se a ótima ou a eficiente? *In*: *Revista de Contratação e Gestão Pública*. Belo Horizonte: Fórum, ano 10, n. 116, ago. 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2006.

GARCIA, Fernando. Contribuições à Economia Neoclássica. *In*: PARETO, Vilfredo. *Manual de Economia Política*. Tradução de João Guilherme Vargas Netto. São Paulo: Nova Cultural, 1996. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1268541/mod_resource/content/1/pareto%20%281996%29%20manual%20de%20economia%20politica.pdf>. Acesso em 19 mar. 2018.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2011.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. Tradução Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MARQUES, José Roberto Marques. *Meio Ambiente Urbano*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

MARTINEZ, Ana Paula. Análise de Custo-Benefício na Adoção de Políticas Públicas e Desafios Impostos ao seu Formulador. *In*: *Revista de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, ano 2009, n. 251, mai./ago. 2009.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 11. ed. São Paulo: RT, 1999.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MERÇON-VARGAS, Sarah. *Meios Alternativos na Resolução de Conflitos de Interesses Transindividuais*. Dissertação. Direito Processual. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol. 231, jan./mar. 2003, p. 129-156.

PALMA; Juliana Bonacorsi de. A consensualidade na Administração Pública e seu Controle Judicial. *In*: GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno (coord.). *Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*. Coleção Masc. Vol. 5. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 143-187.

PANTOJA, Fernanda Medina; ALMEIDA, Rafael Alves de. Os Métodos "Alternativos" de Solução de Conflitos (ADRS). *In*: ALMEIDA, Tania (*et. al.*) (coord.). *Mediação de Conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes*. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 55-69.

PIMENTA, Eduardo Goulart; BOGLIONE, Stefano. Análise Econômica do Direito Contratual. *In*: *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, ano 6, n. 24, out./dez. 2008.

RODRIGUES, Alexsandra Gato; LORENZI, Bianca Cassiana Ferreira; ROSA, Felipe Luiz. A Mediação como Alternativa na Solução de Conflitos: análise de sua aplicabilidade nos conflitos socioambientais. *In*: Anais do 4º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: mídia e direitos da sociedade em rede. Universidade Federal de Santa Maria. Disponível em: <www.ufsm.br/congressodireito/anais>. Acesso em 28 mai. 2018.

SÃO PAULO. SECRETARIA DA FAZENDA. *Consulta Receita Orçamentária*. Disponível em: <https://portal.fazenda.sp.gov.br/acessoinformacao/Paginas/Consulta-Receita-Or%C3%A7ament%C3%A1ria.aspx>. Acesso em 5 dez. 2017.

SILVA, Leandro Novais e. *A Análise Econômica do Direito e a Vertente Welfarista*: a teoria, seu uso na regulação econômica, seus limites e deficiências. *In*: *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, ano 6, n. 23, jul./set. 2008.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. Arborização urbana e meio ambiente: aspectos jurídicos. *Revista de Direito Ambiental*. Vol. 4, n. 16, out./dez. 1999, p. 192-201. Disponível em: <http://www.revistajustitia.com.br/artigos/7c2a76.pdf>. Acesso em 7 nov. 2012.

SOUZA; Luciene Moessa. Resoluções de Conflitos envolvendo o Poder Público: caminhos para uma consensualidade responsável e eficaz. *In*: GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno (coord.). *Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*. Coleção Masc. Vol. 5. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 189-208.

STRECK, Lenio L; OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Comentário ao artigo 2º. *In*: CANOTILHO, J.J. Gomes (*et. al.*) (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 140-146.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. Volume único. 6. ed. São Paulo: Forense, 2016, p. 208-2010.

TOURINHO, Rita. *Discricionariedade Administrativa: ação de improbidade & controle principiológico*. Curitiba: Juruá, 2005.

INSTRUMENTOS JURÍDICO-ECONÔMICOS NA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL

Legal-economic instruments in the protection of the cultural heritage

Estela Vilela Gonçalves[1]

SUMÁRIO 1. A proteção ao patrimônio cultural: políticas públicas. 2. Análise econômica e proteção ao patrimônio cultural: limites metodológicos. 3. Princípios e teorias da microeconomia: análise econômica do direito (AED). 4. AED e proteção ao patrimônio cultural. 5. Proteção do patrimônio cultural imaterial: o modo de fazer queijo artesanal em Minas Gerais. Conclusão. Referências.

RESUMO As atividades do Estado desenvolvidas para proteção do patrimônio cultural brasileiro devem se pautar tanto pela efetividade da política concretamente estruturada, com vistas à alteração da realidade para que atingido o fim colimado, como pela eficiência pontual da atuação de seus agentes, entendida como relação entre custos (insumos) e produtos entregues (ações ou atividades). Para tanto, o instrumental da análise econômica do direito (AED) pode ser muito útil, por possibilitar que diversos aspectos dos agentes que se quer atingir pelas políticas públicas desenvolvidas sejam apreendidos em suas particularidades, dotando os comportamentos subsequentes de certa previsibilidade e predimensionando, assim, o impacto das medidas tomadas nos processos de proteção. Entretanto, esses processos devem ter como fundamento os valores subjacentes à concepção atual de patrimônio cultural, especialmente aqueles trazidos pelo artigo 216 da Constituição Federal: o pluralismo – entendido como valorização da diversidade social – e a chamada referência cultural – que é a colocação do ser humano diretamente envolvido nas práticas sociais, objetos e construções, como fonte primordial do significado que se quer preservar.

Palavras-chave: Patrimônio cultural. Análise econômica do direito.

ABSTRACT State activities developed to protect Brazilian cultural heritage must be based both on the effectiveness of the concretely structured policy, with a view to changing the reality so that the collimated goal is achieved, as well as the timely efficiency of its agents' actions, understood as a relation between costs (inputs) and products delivered (actions or activities). In order to do so, the instruments of "Law and Economics" can be very useful in that it allows several aspects of all the agents involved to be apprehended in their particularity and classified, allowing certain prediction as to the subsequent behaviors and impact of the measures taken in the protection processes. However, this process must be based on the values underlying the current conception of cultural heritage, especially those brought by Article 216 of the Federal Constitution: pluralism – understood as an appreciation of social diversity - and the so-called cultural reference – which is the placement of being human being directly involved in social practices, objects and constructions, as the primordial source of the meaning that one wants to preserve.

Keywords: Cultural haritage. Law and economics.

[1] Procuradora federal. Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília.

1. A PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO CULTURAL: POLÍTICAS PÚBLICAS

O artigo 215 da Constituição Federal dispõe que o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais. E mais. Seu parágrafo primeiro estabelece que *o Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional*.

A concretização da garantia referida no *caput* e da proteção do parágrafo primeiro exige uma postura ativa do Estado, que vai muito além da concepção constitucional-liberal clássica, de preservação da esfera individual de liberdade. Conforme destaca Silva, em comentário específico à norma do artigo 215, § 1º, "aqui, não se trata apenas de apoiar e incentivar; quer-se mais, exige-se proteção, ações positivas no sentido de defender a existência, a valorização e a difusão dessas culturas especiais"[2].

É no exercício dessa garantia que o Estado formula políticas públicas na área da cultura.

Bucci estrutura o termo "políticas públicas" a partir de elementos políticos, administrativos e jurídicos, justificando que lhe seja atribuída autonomia conceitual dentro do sistema jurídico, por agregar "algo novo à capacidade de compreensão dos fenômenos tratados pelo conhecimento estabelecido"[3].

Destaca que políticas públicas podem ser vistas como programas governamentais, na medida em que "individualizam unidades de ação administrativa, relacionadas aos resultados que se pretende alcançar" (p. 40). São expressas por diversos instrumentos jurídicos (leis, decretos, portarias, etc.), mas o juízo de validade de uma política, assim entendido como averiguação de efetiva realização do objetivo pretendido, não se confunde com o juízo estritamente jurídico de validade de sua base normativa[4]. Consiste, nesse aspecto, em um "conjunto de medidas articuladas (coordenadas), cujo escopo é dar impulso, isto é, movimentar a máquina do governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública ou, na ótica dos juristas, concretizar um direito" (p. 14).

Daí que políticas públicas não sejam "categorias definidas e instituídas pelo direito, mas arranjos complexos, típicos da atividade político-administrativa" (p. 31), inserindo-se muitas vezes no que vem sendo chamado de *soft law*, atuação estatal que se faz "pela indução à ação predefinida" (p. 21). A utilização do termo "políticas públicas" neste trabalho pressupõe, assim, a referência a um feixe de arranjos complexos (atividade jurídico-político-administrativa) e de atuação estatal, em que a coação não desempenha um papel central ou ao menos não tão ostensivo.

---

2 SILVA, José Afonso da. *Ordenação Constitucional da Cultura.* São Paulo: Malheiros, 2001, p.74.

3 BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de Política Pública em Direito. *In*: *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico.* São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1-51, p. 39.

4 COMPARATO, 1997, p. 353-354, *apud* BUCCI, 2006, p. 24.

A partir dessas e de outras reflexões, BUCCI propõe um conceito jurídico que atribui ao direito a tarefa de "conferir expressão formal e vinculativa a esse propósito, transformando-o em leis, normas de execução, dispositivos fiscais, enfim, conformando o conjunto institucional por meio do qual opera a política e se realiza seu plano de ação" (p. 37):

> Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. (p. 39)

Essa concepção de política pública é fundamental para a garantia e proteção aos direitos culturais, considerados, assim, como um "objetivo socialmente relevante" – nos dizeres de Bucci – atingida a partir da coordenação de esforços de diversos atores, públicos e privados.

A tridimensionalidade do conceito permite que o aspecto mais adequado – a vinculatividade jurídica, a valoração política ou a continuidade administrativa – seja invocado para melhor equacionar determinado problema concreto.

Temos, assim, que o Estado garantirá e protegerá os direitos culturais (artigo 215 da Constituição Federal) por intermédio de políticas públicas.

Um aspecto específico desses direitos culturais é aquele relacionado ao patrimônio cultural. O artigo 216 da Constituição Federal de 1988 define o patrimônio cultural brasileiro a partir dos bens que *são* ***portadores de referência*** *à identidade, à ação e à memória dos* ***diferentes grupos*** *formadores da sociedade brasileira*. (negrito nosso)

O pluralismo como valor fundamental aparece no Preâmbulo da Constituição de 1988. A sociedade que se quer (re)construir, dizem os constituintes, deve ser fraterna, pluralista e sem preconceitos.

No que se refere especificamente à cultura, reitere-se, a Constituição dedica especial atenção às manifestações culturais populares, indígenas e afro-brasileiras (artigo 215, § 1º), além de determinar que o patrimônio cultural brasileiro necessariamente deve contemplar *os diversos grupos formadores da sociedade brasileira* (artigo 216, *caput*).

Superou-se, assim, a monumentalidade e excepcionalidade que até então deveriam qualificar os bens culturais para merecer proteção estatal. O primeiro instrumento de proteção, o tombamento, criado pelo Decreto-lei nº 25/1937, se constitui em "ato administrativo unilateral e imperativo, sem qualquer participação dos agentes sociais"[5].

[5] QUEIROZ, H. F. O. G. O Registro de Bens Culturais Imateriais como Instrumento Constitucional Garantidor de Direitos Culturais. *In* Revista do Ipac nº 1. Salvador, 2016; disponível em <http://www.ipac.ba.gov.br/publicacoes-para-download/revista-ipac>. Acesso em 14 maio 2018.

A partir da nova ordem constitucional os bens passam a ter importância cultural na exata medida em que têm significados estruturantes para uma gama de comunidades humanas, atentando-se, agora, para "a importância de centrar a atenção não nas coisas em si, *fetichizadas*, reificadas (...) mas nas relações sociais e afetivas, pois são elas as matrizes de valores"[6].

Por outro lado, a escolha pela valorização de uma sociedade plural, inclusive quando se aponta a necessária multiplicidade de fontes de legitimação do patrimônio cultural, implica que a invasão cultural por uma indústria massificadora deve ser, senão refreada, ao menos exposta como uma dominação que impede o estabelecimento de diálogo democrático, que só ocorre entre iguais[7]. O direito à cultura pode ser lido como direito à diferença[8].

Por todo o exposto, percebe-se que a identificação do patrimônio cultural brasileiro ocorre a partir de valores constitucionalmente estabelecidos, colocando o homem como centro de referências para o reconhecimento da importância dos bens materiais e imateriais – sejam eles objetos, lugares, imóveis, práticas sociais – que são estruturantes para o sentido de pertencimento dos indivíduos aos diferentes grupos sociais formadores de nossa sociedade, garantindo assim a essência do pluralismo que, por si só, é valor que nossa Constituição define como fundamental.

A partir do momento em que efetuado o reconhecimento de que determinado bem – seja ele material ou imaterial (intangível) – merece proteção jurídica por ser qualificado como integrante do patrimônio cultural brasileiro, atribui-se às pessoas que, de alguma forma, se relacionam com tais bens, uma especial posição jurídica que deverá perdurar no tempo.

Para tornar mais compreensíveis as propostas de aplicação da AED na proteção ao patrimônio cultural, serão apresentadas as posições e relações jurídicas que são instauradas a partir de dois institutos que têm a mesma função protetiva, mas com dinâmicas muito diversas: o tombamento e o registro.

O tombamento é a mais antiga forma nacional de proteção ao patrimônio cultural, existente desde a edição do Decreto-lei nº 25/1937, diploma legal que até hoje disciplina sua aplicação. Abrange somente bens móveis e imóveis. Originalmente eram prestigiados somente os bens vinculados a *fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico* (artigo 1º, *caput*). Após a promulgação da Constituição Federal, a norma legal deve ser interpretada a partir do novo sistema, pautado, como já se demonstrou, nos conceitos de "referências culturais" e "pluralismo".

---

[6] MENESES, Ulpiano T. Bezerra de. A cidade como bem cultural – áreas envoltórias e outros dilemas, equívocos e alcance da preservação do patrimônio ambiental urbano. *In*: *Patrimônio: atualizando o debate,* 2. ed. São Paulo: Fundação Energia e Saneamento, 2015, p. 33-53.

[7] SILVA, 2001, p. 70.

[8] MENESES, 2015, p. 47.

De qualquer forma, o tombamento estabelece restrições à plena fruição do direito de propriedade por seu titular. O bem não pode ser destruído, demolido, mutilado, reparado, pintado ou restaurado sem autorização estatal – art. 17 do Decreto-lei nº 25/1937.

Quando incide sobre imóveis, também modifica a posição jurídica dos proprietários dos bens que estão no entorno, que sofrem restrições para preservação de visibilidade daquele objeto do tombamento (artigo 18 do Decreto-lei nº 25/1937).

Por outro lado, atribui a toda a comunidade o direito cultural de usufruir da especial significância social do bem tombado, ou seja, passa a "servir como referencial cognitivo, afetivo, estético, sígnico, pragmático, ético"[9]. Ao Estado, estabelece o dever de protegê-lo, o que implica fiscalizar se os proprietários – do bem tombado e dos bens do entorno – estão cumprindo as restrições legais, eventualmente tomar as medidas administrativas e judiciais para garantir esse cumprimento e até mesmo ser ele, o Estado, responsabilizado diretamente pela conservação (artigo 19 do Decreto-lei nº 25/1937). Como se vê, são medidas inerentes a uma regulação estatal intensa.

As relações jurídicas estabelecidas pelo tombamento atingem diretamente um conjunto determinado de pessoas (proprietários do bem tombado e do entorno), e têm, em um certo sentido, caráter estático. Procura-se "congelar" a forma física do bem, inobstante as alterações físicas – mas também sociais, econômicas, culturais – do espaço que o rodeia. O cancelamento do tombamento somente pode ocorrer por intermédio de ato do presidente da República, conforme dispõe o Decreto-lei nº 3.866/1941.

O registro, por sua vez, é a forma de reconhecimento do patrimônio imaterial ou intangível prevista pela própria Constituição, posteriormente regulado pelo Decreto nº 3.551/2000.

As relações jurídicas estabelecidas pelo registro são muito mais complexas e heterogêneas do que aquelas advindas do tombamento, pois a preservação desse bem intangível, a "salvaguarda", parte de diretrizes e princípios que se pautam:

> (...) na participação efetiva das comunidades detentoras em todos os processos de salvaguarda; na dimensão coletiva do patrimônio imaterial; na descentralização das ações, instrumentos e procedimentos; na sensibilização da sociedade civil; na produção de conhecimento e documentação sobre patrimônio imaterial; além do apoio à sustentabilidade das práticas e do fortalecimento das comunidades detentoras.[10]

[9] MENESES, 2015, p. 36.

[10] SILVESTRIN, Mônia Luciana. DIANOVSKY, Diana. Reconhecimento do patrimônio imaterial, mercado e política – Reflexões a partir de uma experiência de estado. *In: Revista Andaluza de Antropologia,* n. 12, março de 2017. Disponível em: <http://www.revistaandaluzadeantropologia.org/uploads/raa/n12/silvestrin.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2018; p. 73.

Perceba-se que, em geral, não há restrição a direitos dos chamados detentores das práticas sociais registradas como patrimônio imaterial, ao contrário do que ocorre com os proprietários dos bens imóveis tombados e do entorno; nem há obrigações automáticas de fiscalização e autuação ao Estado em relação à forma com que a prática é desenvolvida pelas comunidades detentoras.

O tombamento foi utilizado, na verdade, como um modelo negativo para construção do registro, na medida em que não se queria, mesmo, nenhum tipo de interferência, regulação, fiscalização pelo Estado, estabelecendo normas ou restrições para sua realização. Conforme esclarece Queiroz (2016, p. 78):

> Assim, diversamente do Tombamento, que é ato unilateral e fruto do "jus imperii" do Estado, e que muito pouco conta com a participação das comunidades, o Registro tem como elemento preliminar e essencial a manifestação expressa da comunidade, a qual permitirá ou não documentar, registrar, guardar, inclusive fazendo filmagens dos cantos, ritmos, toques e das próprias falas, depoimentos, para, então, promover a interpretação densa daquela cultura, reconhecendo que, dentre um conjunto de práticas ali vivenciadas, aquelas são especialmente valoradas pelo grupo como patrimônio.

Por fim, outra diferença substancial entre tombamento e registro vem do caráter livre e dinâmico das relações estabelecidas – ou, seria melhor dizer, reconhecidas – a partir do patrimônio imaterial registrado. A ingerência estatal pode e deve ser pouco significativa. O Estado não atua como regulador direto da manutenção do bem cultural imaterial, ao passo que no tombamento deve garantir preservação do bem imóvel e de sua ambiência, nos termos dos artigos 17 e 18 do Decreto-lei nº 25/1937.

Nesse aspecto, aliás, pode-se dizer que o patrimônio cultural imaterial está ultrapassando os limites de atuação estatal como autoridade técnica e científica, a partir de uma "dispersão da autoridade patrimonial", pois, "se o critério da autenticidade do passado é doravante substituído pelo da transmissão de práticas vivas imaginadas como recursos de desenvolvimento, a autoridade do conhecimento cientifico e técnico necessário à autenticação e à conservação desaparece"[11].

Mas comunidades detentoras de bens culturais imateriais significativos que tenham tal grau de (desejável) autonomia, não são a regra. O Estado se faz necessário, por intermédio de seu corpo técnico, para atender à determinação constitucional de garantir o pleno exercício dos direitos culturais e proteger as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras que estejam em risco.

[11] BORTOLOTTO, Chiara. Patrimônio e Futuro da Autenticidade. *In*: *Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Patrimônio: desafios e perspectivas.* Vol. 36. Brasília, 2017, p. 23 a 37; p. 28.

Tudo isso deixa patente que será grande o desafio de formular políticas públicas adequadas a preservar, mas sem engessar, as relações jurídicas (porque estabelecidas por um instrumento jurídico) instituídas a partir do registro.

Finalmente, relevante se apontar que a Emenda Constitucional nº 71/12 inseriu na Constituição Federal o Sistema Nacional de Cultura. A redação do *caput* do artigo 216-A traz diretrizes que deverão orientar as políticas públicas de cultura, que podem ter um impacto significativo sobre a proteção ao patrimônio cultural, especialmente do imaterial, porque mais dependente da atuação estatal.

A política pública de salvaguarda dos bens culturais imateriais registrados, assim considerados, no âmbito federal, os bens mais significativos para os grupos sociais formadores do país, deve se estruturar de forma harmônica, descentralizada e participativa, envolvendo todos os entes da federação, no Sistema Nacional de Cultural previsto pela Constituição.

Somente a partir da concretização de tais diretrizes, principalmente do diagnóstico objetivo da situação de cada bem cultural imaterial registrado, com a apresentação de dados transparentes, compartilhados entre as diversas esferas da federação; e atuação articulada entre a capilaridade dos municípios e a *expertise* dos estados e União, que por sua maior estrutura contam com um corpo técnico mais especializado, é que poderão ser enfrentados os desafios da salvaguarda, com todas as nuanças apontadas neste capítulo.

2. ANÁLISE ECONÔMICA E PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO CULTURAL: LIMITES METODOLÓGICOS

Há que se fixar, inicialmente, as premissas metodológicas que devem pautar as reflexões sobre a utilização do instrumental econômico na formulação de políticas públicas de proteção ao patrimônio cultural; como um trabalho elaborado na área do Direito, haverá a preponderância do raciocínio jurídico, que se desenvolve precipuamente a partir de uma argumentação lógica, dimensão nem sempre harmônica com a observação empírica acompanhada por formulação de hipóteses falseáveis que caracterizam o método científico, ínsito à economia.

Outro aspecto fundamental é que, além de se desenvolver por intermédio de argumentação lógica, o Direito tem um fundamento moral imperativo que deve, via de regra, preponderar, do ponto de vista jurídico aqui adotado, sobre qualquer busca fundamentalista pela eficiência, que muitas vezes pauta o movimento "Law and Economics".

De fato, a lógica jurídica pressupõe um conjunto de valores compartilhados, variável de sociedade a sociedade, que opera numa lógica diferente daquela pressuposta pelos que empreendem uma busca universalista da verdade, inerente ao pensamento científico, ou da eficiência, espécie de verdade absoluta pregada por alguns economistas.

Adotada aqui, pois, a corrente jurídica bem sintetizada por FISS (1986) no trabalho com o sugestivo título *The Death of the Law*?[12], ao defender o caráter moral do Direito, assim entendido como conjunto de valores compartilhados por uma sociedade, ou "*a belief in public values and the willinguess to act on them*"[13].Com isso, quero afirmar que o direito (e não a economia) deve preponderar, como arena de decisão para os conflitos sociais, justamente por ser permeável ao pressuposto de que algumas condutas são certas ou aceitáveis, e outras são erradas ou inaceitáveis, e esse pressuposto é, em certa medida, compartilhado entre os indivíduos dessa sociedade.

Portanto, essa dimensão moral do direito, ou seja, de valores compartilhados dentro de uma sociedade, se mostra mesmo, a meu ver, como um núcleo duro insubstituível na aplicação das normas jurídicas. Muito apropriada a crítica elaborada por FISS[14] ao esclarecer que "*under law and economics, the idea of a public morality […] becomes untenable because values are transformed into preferences and each preference is assumed to have an equal claim to satisfactions*"[15].

Tais valores, porque não são portadores de igual importância em cada caso concreto, em cada sociedade, e porque permitem a classificação hierárquica do comportamento humano como mais ou menos desejável, precisarão ser ponderados, senão exclusiva, mas precipuamente a partir de critérios jurídicos.

A mediação monetária ou quantificação concreta, que permite comparações automáticas porque busca reduzir expressões diversificadas a um mesmo denominador – seja esse denominador dólar, real, metros cúbicos, anos-luz, horas, processos por juiz, alunos por escola, etc. –, absolutamente necessárias em uma avaliação científica ou econômica, tem uma aplicabilidade relativa no âmbito estritamente jurídico.

Daí porque, mesmo que seja técnica amplamente utilizada e com muita adequação em diversas áreas do direito, a monetarização automática de valores intangíveis, como os valores culturais, em disposição a pagar (*willingness to pay*), ou seja, "a quantia máxima que um comprador pagará por um bem"[16], deve ser vista com certa reserva. Conforme pondera Sandel[17]:

---

[12] FISS, Owen M. The Death of the Law? *In Cornell Law Review*, p. 1-16. November, 1986. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2212&context=fss_papers>. Acesso em 13 maio 2018, p. 14.

[13] "uma crença em valores públicos compartilhados e a disposição de agir a partir deles" (tradução nossa).

[14] *Ibidem*, p. 14.

[15] "sob 'direito e economia', a ideia de moralidade pública [...] torna-se insustentável porque valores são transformados em preferências e cada preferência deve ser satisfeita de forma igualitária." (tradução nossa)

[16] MANKIW, N. Gregory. *Introdução à Economia.* Tradução Allan Vidigal Hastings e Elisete Paes e Lima. São Paulo: Cengage Learning, 2010, p. 136.

[17] SANDEL, Michael J. *What Money Can't Buy: The Moral Limits of Markets.* New York: Farrar, Straus and Giroux, 2012, versão eletrônica, p. 31.

> (...) the willingness to pay for a good does not show who values it most highly. This is because market prices reflect the ability as the willingness to pay [...]. And in some cases, those who pay the most for tickets may not value the experience very highly at all[18].

Do ponto de vista das políticas públicas referentes ao patrimônio cultural, essa técnica tem uma aplicabilidade bastante restrita:

> (...) é preciso levar em conta que a lógica do mercado (...) tende a instrumentalizar a cultura; essa, por sua vez, age segundo uma lógica de finalidade, em que a produção do sentido e da comunicação é que constitui prioridade, gerando consciência e resposta crítica, transcendência e enraizamento, reforço e transformação, prazer espiritual e necessidade material – sempre banhados na seiva que mantém a vida. Cálculos de investimento/retorno/custo/benefício só são legítimos, no campo da cultura, se esses termos todos forem determinados segundo hierarquia fundamentada na lógica cultural[19].

No caso do patrimônio imaterial, esse descompasso é ainda mais acentuado, na medida em que locais e objetos porventura conexos aos saberes, ofícios, celebrações somente têm importância, como patrimônio, na exata medida em que são portadores de significados para tais práticas sociais, ou seja, a partir de referências culturais entendidas como pertencimento, memória e identidade[20]. Sua transformação em valores monetários seria insuficiente para refletir a especial relação estabelecida entre as práticas e seus detentores, lembrando-se que a valorização dessa particularidade decorre da própria Constituição, quando fala em referências culturais (CF, artigo 216, *caput)*.

Não se está afastando a importância das relações de mercado para a própria salvaguarda de algumas práticas, mas entende-se que a técnica de disposição a pagar, ou seja, a forma de se medir a importância de um bem, um local, uma celebração, enfim, uma prática social, a partir de valores monetários, é incompatível com os pressupostos básicos do reconhecimento, via registro, da importância de um bem cultural imaterial.

Os bens jurídicos que compõem o patrimônio cultural do Brasil, nos termos em que articulados nas certidões de registro (bens imateriais) e tombamento (bens materiais), são ponto de partida que não podem ser diminuídos ou relativizados pelas políticas públicas que pretendam salvaguardá-los.

---

[18] "a disposição a pagar por um bem não demonstra quem o valoriza mais. Isso porque o mercado de preços reflete a capacidade de pagar [...]. E em alguns casos aqueles que pagam mais por um ingresso podem não valorizar a experiência em si na mesma proporção".

[19] MENESES, 2015, p. 38.

[20] SILVESTRIN/DIANOVSKY, 2017, p. 73.

Por outro lado, respeitado o núcleo intangível que caracteriza o bem jurídico protegido, delimitado, no caso do patrimônio imaterial, a partir das práticas descritas nos dossiês que as caracterizam, a atuação do Estado nas atividades de salvaguarda e proteção pode e deve se pautar pelo princípio constitucional da eficiência, e nessa perspectiva estritamente instrumental, a análise econômica do direito tem uma contribuição importante a fazer.

Para tanto são empregados "modelos mentais e ferramentas analíticas típicas da economia"[21], especialmente da microeconomia e "escolha racional", como teoria dos jogos, teoria do agente, custos de transação, etc.; além de considerações sobre economia comportamental.

A eficiência merece uma consideração metodológica adicional. Este trabalho se posiciona a meio caminho entre os defensores da aplicação irrestrita da lógica do mercado a todas as esferas do conhecimento, e seus detratores, que não admitem que modelos de eficiência e propostas utilitaristas tenham alguma serventia para outras áreas que não a economia.

Ora, além de ser um princípio administrativo constitucional (CF, artigo 37, *caput*), a eficiência se apresenta como um vetor imprescindível para que as políticas públicas, elaboradas em estrita obediência aos princípios ínsitos aos sistemas em que deve produzir seus efeitos, tenha sucesso. Entende-se, entretanto, que políticas públicas e eficiência são conceitos neutros, do ponto de vista valorativo, que ganham significado a partir das diretrizes que lhes servem de balizas, diretrizes essas, reitere-se, nesse caso, fixadas exclusivamente no âmbito da dogmática jurídica que rege a proteção ao patrimônio cultural brasileiro.

Retomando o conceito de política pública formulado por Bucci:

> Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinado. (p.39)

Tem-se, assim, que eficiência é a escolha dos melhores meios – os processos coordenadores – para que atingido os fins, ou seja, os "objetivos socialmente relevantes" referidos por Bucci.

Feita essa ressalva, necessária a apresentação do contexto específico em que modelos consequencialistas passaram a ser admitidos no sistema jurídico.

---

[21] SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Direito e Economia? *In*: TIMM, Luciano B. (org.). Direito e Economia, 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. Republicação: RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). Fragmentos para um Dicionário Crítico de Direito e Desenvolvimento. São Paulo: Saraiva, 2011. Disponível em: <https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/16/>. Acesso em 18 mar. 2018, p. 4.

Pargendler/Salama destacam que análises consequencialistas, assim entendidas como aferição de prováveis consequências fáticas das normas jurídicas, são cada vez mais necessárias a partir "da transição de um Estado liberal a um Estado democrático regulatório, aliada à concomitante transformação na teoria e prática jurídica – de um modelo formalista baseado em regras a um modelo aberto e baseado em princípios"[22].

A transição para o Estado democrático regulatório de modelo aberto, regido por princípios, leva esses juristas a afirmar (2013, p. 99-100):

> Quer se goste ou não, ponderação sobre as consequências fáticas de determinadas normas jurídicas – antes consideradas dados extrajurídicos que interessariam somente a áreas correlatas (sociologia, economia, psicologia, etc.) – hoje se fazem cada vez mais presentes na interpretação do direito no Brasil. Isso principalmente porque o caráter teleológico dos princípios jurídicos exige, para sua melhor aplicação, juízos sobre adequação entre meios e fins.

Ulen, por sua vez, destaca o valor que deve ter o trabalho empírico no estudo do direito. A eficácia, aqui entendida como a reação das pessoas a normas e *standards* jurídicos[23], somente pode ser medida por intermédio de pesquisas empíricas.

Entretanto, a utilização adequada, no direito, de análises empíricas, ainda é questão bastante controversa mesmo entre seus defensores. Yeung aponta dificuldades na quantificação e mensuração empírica das variáveis do direito pelo fato de que "os resultados ditos 'empíricos' ainda são baseados largamente em estudos de caso e/ou pesquisas de opinião". Conclui pela "difícil derivação de recomendação para políticas públicas"[24].

Coutinho[25] assim sintetiza a força e a fraqueza dos modelos da microeconomia:

> Quanto mais abstrato for o conceito que se depreende de um modelo microeconômico, maior a precisão das conclusões obtidas a partir de sua análise, por causa da possibilidade de generalização de resultados que proporciona. A combinação de diferentes expressões geométricas e algébricas tem sido poderosa na construção de modelos que se pretendem capazes de antecipar e prever diferentes cenários para comportamentos humanos, isso é, de fazer

[22] PARGENDLER, Mariana. SALAMA, Bruno. Direito e Consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. *In: RDA – Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 262, p. 95-144, jan/abr 2013, p. 99.

[23] ULEN, Thomas S. Um prêmio Nobel para a Ciência Jurídica: teoria, trabalho empírico e o método científico no estudo do direito. *In* MARISTRELLO PORTO, Antonio e SAMPAIO, Patrícia. *Direito e Economia em Dois Mundos – Doutrina jurídica e prática empírica.* Rio de Janeiro: FGV, 2014; edição eletrônica posição 388 a 1871, p. 973.

[24] YEUNG, L. Direito, economia e empirismo. *In* MARISTRELLO PORTO, Antonio e SAMPAIO, Patrícia. *Direito e Economia em Dois Mundos – Doutrina jurídica e prática empírica.* Rio de Janeiro: FGV, 2014; edição eletrônica; posição 3527 a 3843.

[25] COUTINHO, Diogo. *Direito e economia política na regulação de serviços públicos.* São Paulo: Saraiva. 2014, p. 22.

> prognóstico. Por outro lado, isso faz com que os modelos microeconômicos baseados em linguagem matemática facilmente percam lastro empírico para se converterem em extrapolações abstratas. (...). Não obstante, muito frequentemente os modelos microeconômicos são os únicos capazes de lidar de modo mais objetivo com realidades extremamente complexas.

Mesmo com tais dificuldades, o papel desempenhado por análises consequencialistas, como salientado por Pargendler/Salama, ou pelos trabalhos empíricos para verificação da eficácia das normas, nos dizeres de Ullen, pode ser maior ou menor, conforme o grau de admissão, dentro do sistema jurídico tido por autopoiético, de uma lógica diferente do binômio jurídico/antijurídico.

O pressuposto, neste artigo, é que o conceito de políticas públicas permite a articulação da proteção jurídica ao patrimônio cultural imaterial a partir de métodos científicos, próprios da microeconomia, necessários para análises consequencialistas e aferição da eficácia das normas, mesmo que existentes as dificuldades apontadas por Yeung e Coutinho.

A proteção aos direitos culturais deve se inserir, assim, dentro de uma política pública formulada por esse Estado Regulatório, a partir de uma atuação que vem sendo chamada de "*government by policies*", assim esclarecida por Fabio Konder Comparato[26]:

> O "government by policies", em substituição ao "government by Law", supõe o exercício combinado de várias tarefas, que o Estado liberal desconhecia por completo. Supõe o levantamento de informações precisas sobre a realidade nacional e mundial, não só em termos quantitativos (para a qual foi criada a técnica da contabilidade nacional), mas também sobre fatos não redutíveis a algarismos, como em matéria de educação, capacidade inventiva, qualidade de vida. Supõe o desenvolvimento da técnica previsional, a capacidade de formular objetivos possíveis e de organizar a conjugação de forças ou a mobilização de recursos – materiais e humanos – para a sua consecução. Em uma palavra, o planejamento.

É nessa esteira que o governo federal, por intermédio da Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento (atual MPDG), editou, em 2009, o "Guia referencial para medição de desempenho e manual para construção de indicadores"[27], "situando a mensuração do desempenho na gestão para resultados e essa na governança contemporânea".

---

[26] PARGENDLER, Mariana. SALAMA, Bruno. Direito e Consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. *In: RDA – Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 262, p. 95-144, jan/abr 2013.

[27] BRASIL. Ministério do Planejamento. *Melhoria da gestão pública por meio da definição de um guia referencial para medição do desempenho da gestão, e controle para o gerenciamento dos indicadores de eficiência, eficácia e de resultados do programa nacional de gestão pública e desburocratização*. Brasília: Distrito Federal, 2009. Disponível em: <http://www.gespublica.gov.br/sites/default/files/documentos/guia_indicadores_jun2010.pdf>. Acesso em 1º jun. 2018, p. 4.

São previstas seis dimensões para se aferir desempenho:
- três dimensões de resultado – eficiência, eficácia e efetividade;
- três dimensões de esforço – economicidade, excelência e execução.

Particularmente significativos os conceitos de eficiência e efetividade[28]:

> Eficiência é a relação entre os produtos/serviços gerados (outputs) com os insumos utilizados, relacionando o que foi entregue e o que foi consumido de recursos, usualmente sob a forma de custos ou produtividade. Por exemplo: uma campanha de vacinação é mais eficiente quanto menor for o custo, ou seja, quanto menor for o custo da campanha, mantendo-se os objetivos propostos. Indicadores de eficiência podem ser encontrados na Carta de Serviços com seus elementos de custos e em informações de sistemas estruturantes do governo, como o SIAFI;
>
> Efetividade são os impactos gerados pelos produtos/serviços, processos ou projetos. A efetividade está vinculada ao grau de satisfação ou ainda ao valor agregado à transformação produzida no contexto em geral. Essa classe de indicadores, mais difícil de ser mensurada (dada a natureza dos dados e o caráter temporal), está relacionada com a missão da instituição. Por exemplo, se uma campanha de vacinação realmente imunizar e diminuir a incidência de determinada doença entre as crianças, a campanha foi efetiva. Indicadores de efetividade podem ser encontrados na dimensão estratégica do Plano Plurianual (PPA);

Portanto, as políticas públicas desenvolvidas no âmbito de proteção ao patrimônio cultural devem atender a essa sistemática de ações-produtos-resultados, possibilitando-se aferições de desempenho para uma gestão de resultados.

Em suma, é para o exercício dessas várias tarefas referidas por Comparato, sintetizadas no conceito de políticas públicas formulado por Bucci, que a análise econômica do direito fornece um instrumental bastante adequado.

Há que se vencer a resistência dos estudiosos e profissionais que lidam com a proteção ao patrimônio cultural para se buscar maior eficiência em sua atuação; entretanto, análises de custo-benefício, eficiência, eficácia, devem ser aplicadas sem se perder de vista os valores intangíveis eventualmente envolvidos, pois pressupõem a redução das escolhas complexas da sociedade a esquemas simplórios para efetuar comparações, não abarcando, muitas vezes, sutilezas importantes que, no caso concreto, deixariam de ser consideradas.

3. PRINCÍPIOS E TEORIAS DA MICROECONOMIA: ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (AED)

A economia é um ramo do conhecimento humano que se debruça sobre "o estudo de como a sociedade administra seus recursos escassos"[29], que se utiliza de um

[28] BRASIL, 2009, p. 19.

[29] MANKIW, 2010, p. 4.

método científico, ou seja, "desenvolvimento e teste imparcial de teorias sobre como funciona o mundo", baseado em hipóteses falseáveis e modelos econômicos, muitas vezes pautados por ferramentas da matemática, que simplificam a realidade para compreendê-la melhor[30]. A microeconomia se dedica ao estudo de como famílias e empresas tomam decisões e como interagem com mercados específicos, ao passo que a macroeconomia se dedica a fenômenos globais[31].

O Direito tem se valido das teorias formuladas no âmbito da microeconomia (racionalidade individual) para, em maior ou menor grau, redimensionar a aplicação das normas jurídicas, dando origem ao que se conhece como Análise Econômica do Direito - AED, ou Direito e Economia ("*Law and Economics"*).

Conforme esclarece Campilongo[32]:

> A hipótese de racionalidade individual permitiu aos economistas formularem teorias empiricamente testáveis tanto sobre temas tradicionais de economia quanto de outras áreas das ciências sociais (criminalidade, casamento, fertilidade, etc.). Em outras palavras, a hipótese da racionalidade individual (com todas as ressalvas quanto à eventual irracionalidade dessas ações) adotada pela AED pode ser uma base metodológica comum com outras ciências sociais, importante para favorecer a disseminação de pesquisa empírica sobre as relações entre o direito e a sociedade.

A microeconomia baseia-se em princípios e conceitos que buscam reduzir ou esquematizar a conduta humana, sistematizando-a e dotando-a de alguma previsibilidade por meio de métodos empíricos – estatísticas e econometria – visando sempre à maior eficiência na alocação dos recursos a partir das análises de custo-benefício.

Os elementos da microeconomia importantes para este trabalho serão a seguir expostos, tendo por fio condutor aproximado a sistematização elaborada por Cooter/Ulen em sua obra *Law and Economics*[33].

O conceito de eficiência, como já se afirmou, é central tanto para a economia como para os propósitos deste artigo – análise da eficiência das políticas de salvaguarda do patrimônio imaterial registrado.

Na microeconomia, esse conceito é construído a partir do grau máximo de sua satisfação numa dada alocação dos recursos entre indivíduos, que não pode ser modificada para melhora na situação de uns, sem que a situação de outros seja

---

[30] MANKIW, 2010, p. 22-24.

[31] *Ibidem*, p. 28.

[32] CAMPILONGO, Celso Fernandes. Introdução. *In: Direito e Economia em Dois Mundos – Doutrina jurídica e prática empírica.* Rio de Janeiro: FGV, 2014; edição eletrônica posição 61 a 296, p. 273.

[33] Direito e Economia (tradução nossa) COOTER, Robert and ULEN, Thomas. "Law and Economics, 6th edition" (2016). Berkeley Law Books. Book 2 . Disponível em: <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=books>. Acesso em 11 jun. 2018.

piorada. Essa é a concepção dada por Vilfredo Pareto, por isso esse grau de máxima satisfação é chamado de "Pareto-eficiente". Conforme esclarece Coutinho[34], "uma alocação de recursos será Pareto-ótima quando nenhuma mudança distributiva adicional puder deixar, simultaneamente, ao menos uma pessoa em situação melhor e nenhuma pessoa em situação pior".

Tal concepção de eficiência – de Pareto – não permite muitas alterações na alocação dos recursos, porque há sempre o risco de se prejudicar alguma das pessoas envolvidas no caso.

Daí porque outra foi formulada por Kaldor-Hicks (eficiência Kaldor-Hicks), onde se considera ainda eficiente uma nova disposição dos recursos mesmo que haja perdedores, desde que apareçam ganhos globais líquidos. Nesses casos, como ressalta Coutinho[35], "a eficiência pode ser concebida como a maximização da riqueza social segundo critérios que nada têm a ver, em princípio, com a forma como se distribuem os benefícios entre indivíduos". Essa concepção se mostra mais adequada à complexidade da realidade econômico-social e é fundamentada em análises de custo-benefício para cálculo do impacto social de um empreendimento ou da eficiência de uma política pública.

Outra vertente importante da microeconomia desenvolve-se a partir da "Teoria dos Jogos", que pressupõe que a análise de decisões individuais isoladas é insuficiente para maximização de resultados, sendo imprescindível uma avaliação de sua interação com a decisão tomada por outras pessoas; ser+á necessária a construção de uma estratégia, de um plano de ação, onde decisões e reações de outras pessoas – outros jogadores – também precisam ser levadas em consideração. O comportamento cooperativo entre todos pode ser estimulado para que seja atingido um ganho mútuo, com aumento global (e, portanto, também individual) da eficiência. A Teoria dos Jogos também é utilizada para se entender – e se quebrar – arranjos grupais ilícitos como oligopólios, quadrilhas, etc.

Outro modelo de abordagem do comportamento humano é construído pela chamada "Economia do Bem-estar", que parte do pressuposto de que, sob condições ideais de concorrência perfeita, as decisões individuais independentes, que buscam maximização de riqueza e de lucros, levam, por si sós, a um desejado equilíbrio geral de todos os mercados. Conforme salientam Cooter/Ulen[36], "*modern microeconomics has*

[34] COUTINHO, Diogo. *Direito e economia política na regulação de serviços públicos.* São Paulo: Saraiva. 2014, p. 25.

[35] *Ibidem*, p. 29

[36] Direito e Economia (tradução nossa) COOTER, Robert and ULEN, Thomas. "Law and Economics, 6th edition" (2016). Berkeley Law Books. Book 2 . Disponível em: <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=books>. Acesso em 11 jun. 2018, p. 38.

demonstrated that general equilibrium has characteristics that economists describe as socially optimal — that is, the general equilibrium is both productively and allocatively efficient."[37]

O próprio modelo, entretanto, já sistematiza as quatro forças que descaracterizam a concorrência perfeita e, somente se identificadas e superadas, poderá o mercado voltar à desejada situação de equilíbrio de eficiência alocativa. Tais forças são chamadas de falhas de mercado: monopólio, externalidades, bens públicos e assimetria de informações; no presente trabalho serão abordadas somente as três últimas, porque mais aplicáveis à análise de políticas públicas.

O conceito de *externalidade* parte do pressuposto ideal de que as trocas dentro do mercado sejam voluntárias e mutuamente benéficas aos indivíduos envolvidos, restringindo seus efeitos somente a eles. Se atingem terceiros, tais efeitos são chamados de externalidades positivas, quando os beneficiam, e de externalidades negativas, quando os prejudicam. Essas externalidades negativas são também chamadas de *custos sociais*, sendo a poluição um exemplo típico.

Os efeitos indesejados das relações de mercado são um fato indiscutivelmente impactante nos dias de hoje. Atualmente a microeconomia tenta incorporá-los a partir da Teoria de Coase, que buscava superar a Teoria de Pigou, para a qual tais efeitos devem ser imputados a quem os causou, como responsabilidade individual ou imposição de tributos (Coase, 1960), ou seja, a solução é imposta precipuamente a partir de uma lógica jurídica, com ou sem imposição do Estado, externamente ao mercado. Coase propõe a incorporação desses custos sociais à lógica do mercado, que entende mais adequada na medida em que, em um processo de barganha, as partes – a que impõe o custo e a que sofre o custo – podem construir uma solução em que a que tiver que arcar com os custos o fará somente o necessário para compensar aquela que sofre o prejuízo, obtendo, caso a caso, uma solução mais eficiente.

Conforme esclarece Mankiw[38]:

> (...) o teorema de Coase diz que os agentes econômicos privados podem solucionar o problema das externalidades entre si. Qualquer que seja a distribuição inicial dos direitos, as partes interessadas sempre podem chegar a um acordo no qual todos fiquem numa situação melhor e o resultado seja eficiente.

O sucesso da aplicação do teorema, ou seja, a obtenção de uma eficiente alocação dos recursos, depende de que não haja custos para a negociação entre as partes.

Essa conscientização dos custos não aparentes – como os *custos de transação, de fiscalização, de regulação* –, ou seja, custos que são efetivamente suportados pelas pessoas mas de uma forma sutil, não explícita, é outra contribuição da economia para

[37] "A moderna microeconomia demonstrou que o equilíbrio geral tem características que os economistas descrevem como socialmente ótimo, quer dizer, o equilíbrio geral é eficiente tanto do ponto de vista da produção quanto do ponto de vista da alocação de recursos." (tradução nossa)

[38] MANKIW, 2010, p. 207.

quaisquer situações de relação entre pessoas. A busca e coleta de informações; a fiscalização (monitoramento e garantia de cumprimento), a negociação em si (barganha) etc., representam custos – em tempo e em dinheiro – que impactam muito na resolução de quaisquer problemas (curto prazo) ou na manutenção de relações (longo prazo), mesmo que não tenham, tais problemas e relações, um aspecto econômico evidente e façam parte do cotidiano de cada um. Tais aspectos podem ter uma expressão monetária e muitas vezes são o limite preponderante a uma atuação adequada do Estado enquanto formulador e executor de políticas públicas.

Voltando ao teorema de Coase, os exemplos tradicionalmente utilizados para demonstrar sua aplicabilidade, mesmo quando envolvem poluição, pressupõe que os indivíduos prejudicados são identificáveis e que seus prejuízos são exclusivamente financeiros. É o caso clássico de uma empresa A que polui um rio e prejudica a pesca desenvolvida pela empresa B. Pelo teorema de Coase, admitindo-se que a empresa A não tem direito de poluir o rio (por força de uma pressuposta distribuição originária de direitos), somente o mercado poderá dizer se a melhor solução é que a empresa A mude o local de sua planta industrial, invista em filtros ou simplesmente indenize a empresa B pelos prejuízos sofridos.

Como se vê, a redução esquemática proposta pelo teorema tem as mesmas limitações expostas quanto à técnica da disposição a pagar. Há valores e direitos difusos atingidos que não cabem na equação pretendida pelo teorema de Coase, mas em algumas situações essa liberdade de barganha entre as partes envolvidas, essa possibilidade de se transacionar, pode mesmo levar a uma solução mais eficiente para toda a sociedade.

A superação das externalidades por intermédio exclusivo do mercado, nos termos do proposto por Coase, trouxe também impactos à atuação do Estado como regulador da economia. Conforme esclarece Coutinho[39]:

> Passou-se a crer que somente deve haver interferência do Estado (do regulador, pode-se ler) quando houver custos de transação (impeditivos de transações privadas) que efetivamente a justifiquem. Caso contrário, o mercado atingirá por si só um resultado eficiente sem a necessidade de interferências de terceiros.

Essa postura crítica em relação à regulação (interferência) pelo Estado das atividades econômicas, com a defesa da autorregulação do mercado, foi incrementada a partir da formulação da teoria da captura do agente público pelo agente econômico. George J. Stiegler defendeu, em artigo publicado em 1971 (*The Theory of Economics Regulation*), que a regulação não ocorreria para a preponderância do interesse público, pois não existiria a autoridade pública "esclarecida, dotada de credibilidade e

[39] COUTINHO, Diogo. *Direito e economia política na regulação de serviços públicos.* São Paulo: Saraiva. 2014, p. 38.

capaz de ponderar interesses divergentes e propor a melhor regulação para os cidadãos" (p. 43). "Como regra, a regulação é adquirida pela indústria e é primariamente desenhada em seu benefício"[40]. Assim, os grupos mais organizados da sociedade, como sindicatos de trabalhadores e grupos de produtores, podem pressionar o Estado para obtenção de uma regulação que atenda exclusivamente seus próprios interesses. Deriva daí uma corrente da ciência política denominada *public choice*, que explicita a existência de um mercado político para a regulação, ou seja, "haverá grupos de interesse bem-sucedidos em seu esforço em adquirir uma regulação favorável e outros frustrados" (p. 45).

Ainda que não se compartilhe das conclusões mais contundentes dos defensores das teorias da captura e da *public choice*, principalmente quando apresentam propostas radicais de desregulação, entende-se que sua importância é inegável na medida em que explicitam as relações não republicanas muitas vezes existentes por trás das decisões políticas e administrativas tomadas pelo Estado, as chamadas falhas de governo.

Após essas longas, mas necessárias, considerações sobre externalidades e suas consequências – Teoria de Coase, *public choice* e captura do agente regulador –, a seguir serão feitas considerações sobre as outras falhas de mercado a serem abordadas: bem público e assimetria de informações.

Para os economistas, bens públicos não são aqueles juridicamente titularizados pelo Estado, mas sim os que estão disponíveis gratuitamente, e que são um desafio porque as leis de mercado "não conseguem garantir que ele seja produzido e consumido nas quantidades apropriadas"[41]. Os bens públicos, ao contrário dos privados, não são nem excludentes nem rivais, ou seja, todos podem utilizá-los e sua utilização por uma pessoa não diminui a fruição por outra. Exemplo clássico é o show de fogos de artifício.

A última falha de mercado apontada por Cooter/Ulen que pode ter ampla utilização em quaisquer políticas públicas é a de assimetria de informações, ou seja, explicitar-se o fato de que as pessoas têm graus de acesso diversos às informações relevantes para o trato de uma questão.

Além do já exposto, outra contribuição da microeconomia para a aferição da eficiência das políticas públicas apontada por Cooter/ULen advém das elaborações efetuadas no âmbito do seguro, onde a preocupação central é com as situações de risco e insegurança, quando não há certeza sobre quais as variáveis envolvidas. As teorias e estudos desenvolvidos nessa área procuram mapear o comportamento

[40] STIGLER, 1971, *apud* COUTINHO, 2015, p. 43.

[41] MANKIW, N. Gregory. *Introdução à Economia.* Tradução Allan Vidigal Hastings e Elisete Paes e Lima. São Paulo: Cengage Learning, 2010, p. 215.

dos indivíduos a partir de alguns conceitos bastante elucidativos: risco moral (*moral hazard*) e seleção adversa. Os mesmos conceitos são trazidos por Mankiw quando trata das fronteiras de microeconomia.

O risco moral (*moral hazard*) refere-se às atitudes da pessoa que, por estar protegida pelo seguro, altera seu comportamento de tal forma que a chance de ocorrer uma perda do bem segurado aumenta além do originariamente previsto para um quadro de inexistência de seguro (comportamento oportunista). Mankiw[42] traz o conceito sob uma perspectiva ampla:

> O risco moral é um problema que surge quando alguém, chamado agente, realiza alguma tarefa em nome de outra pessoa, chamada principal. Se o principal não puder monitorar perfeitamente o comportamento do agente, esse tende a empregar menos esforços do que o principal consideraria desejável. A expressão risco moral refere-se ao risco de comportamento inadequado ou "imoral" por parte do agente. Em tal situação o principal tenta, de diversas maneiras, encorajar o agente a agir de maneira mais responsável.

O exemplo trazido por Mankiw é o da relação de emprego. Para diminuir o risco de uma conduta inadequada do empregado (considerado aqui o agente), o empregador (principal) pode incrementar o monitoramento sobre o trabalho desenvolvido, optar por pagar salários mais altos do que o do mercado (criando risco ao empregado de, se demitido por conduta inadequada, não conseguir colocação semelhante), etc.

A seleção adversa, no entendimento de Cooter/Ulen, é verificada na medida em que as pessoas que optam por contratar um seguro são justamente aquelas que mais se expõem ao risco, de forma que o modelo de previsibilidade de eventos necessário para cálculo do prêmio, construído a partir da sociedade como um todo, se mostra inadequado. Ou então "os compradores com baixo risco podem optar por permanecer sem seguro, já que as apólices que lhes são oferecidas não refletem suas verdadeiras características"[43].

Mankiw trata do assunto de maneira mais ampla, e não restrita às relações de seguro:

> *A **seleção adversa*** é um problema que surge em mercados em que o vendedor sabe mais sobre os atributos de um bem que está sendo vendido que o comprador do bem. Como resultado, o comprador corre o risco de comprar um bem de baixa qualidade, ou seja, a "seleção" dos bens vendidos pode ser "adversa" do ponto de vista do comprador desinformado.

[42] MANKIW, N. Gregory. *Introdução à Economia.* Tradução Allan Vidigal Hastings e Elisete Paes e Lima. São Paulo: Cengage Learning, 2010, p. 468.

[43] *Ibidem*, p. 469.

Essas constatações dos estudiosos das relações de seguro, exemplificadas pelo risco moral e seleção adversa, indicam que a visão racional do comportamento humano, sobre a qual tradicionalmente construídas as teorias de microeconomia, muitas vezes está descolada da realidade.

Conforme sintetizado por Jolls/Sustein/Thaler[44], a racionalidade do ser humano comum é limitada (*bounded rationality*), pois suas habilidades cognitivas não são infinitas; a força de vontade do ser humano, ou seja, a capacidade de efetivamente dirigir seu comportamento com base exclusiva em decisões racionais, também é limitada (*bounded willpower);* e finalmente, nosso próprio egoísmo – o pressuposto básico da microeconomia de que tomamos decisões sempre para garantir a prevalência de nossos próprios interesses – não é absoluto (*bounded self-interest*), pois muitas vezes nossa conduta é justificada exclusivamente para garantir a prevalência do interesses de outras pessoas, até desconhecidas.

Ou, conforme esclarece Mankiw[45], as pessoas reais contrapõem-se às pessoas do modelo (*homo economicus*) porque (i) são excessivamente confiantes; (ii) dão importância demais a um pequeno número de observações vividas; (iii) relutam em mudar de ideia; (iv) se importam com a justiça, e (v) são inconsistentes ao longo do tempo. De forma semelhante a racionalidade humana é muitas vezes obscurecida pelo chamado "viés retrospectivo" (*hindsight bias)*, constatado quando o que seria visto como um comportamento prudente antes de um acidente passa a ser visto, em retrospectiva, após o acidente, como imprudente[46].

A "Economia Comportamental", "Teoria do Comportamento" ou "*Behavioral Law and Economics*" procura então elaborar novos modelos que incorporem, a partir de observações empíricas, esses padrões não racionais no comportamento humano, tanto no momento em que elaboramos nossa compreensão da realidade e procedemos a seu julgamento, quanto na formulação de nossas decisões.

Por fim, se o direito, de alguma forma, se apropria do instrumental econômico para utilização dentro de sua própria lógica, importante destacar que o caminho inverso é realizado por economistas. *"Economics conceives of laws as incentives for changing behavior (implicit prices) and as instruments for policy objectives (efficiency and distribution)"*[47].

---

[44] JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard. A Behavioral Approach to Law and Economics. *In*: *Stanford Law Review*. Vol. 50:1471, p. 1471-1548, may 1998.

[45] MANKIW, N. Gregory. *Introdução à Economia.* Tradução Allan Vidigal Hastings e Elisete Paes e Lima. São Paulo: Cengage Learning, 2010, p. 478-483.

[46] COOTER/ULEN, 2016, p. 51.

[47] "Os economistas concebem o direito como incentivos para mudança de comportamentos (preços implícitos) e como instrumentos para consecução de políticas públicas (eficiência e distribuição)." (tradução nossa) CUTTER/ULEN, 2016, p. 9.

Essa concepção das diretivas normativas como preços implícitos também é uma ideia que pode ser aplicada nas políticas públicas em geral.

Foram então expostos alguns conceitos e ideias da microeconomia que podem auxiliar na elaboração e execução de políticas públicas, de forma geral, entre as quais a política de proteção ao patrimônio cultural.

4. AED E PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO CULTURAL

Os esquemas e simplificações de que se vale a microeconomia não podem ser automaticamente transpostos para outras áreas do conhecimento. Sua utilização no âmbito jurídico e administrativo, conforme já esclarecido, deve ser sempre instrumental.

O que se pretende demonstrar, portanto, é que tais esquemas e simplificações podem ajudar a equacionar muitas questões surgidas na proteção ao patrimônio cultural, fornecendo uma perspectiva que pode ser a mais adequada para que a finalidade da norma de proteção seja atingida, trazendo eficiência na atuação do Estado e efetividade às políticas públicas desenvolvidas nesse âmbito.

Pode-se dizer, em caráter introdutório, que do ponto de vista da economia o patrimônio cultural é um bem público. Bem público, como se viu, é aquele que não se pode produzir a partir das regras de mercado, porque não há como se restringir sua fruição somente àqueles com disposição a pagar. É caso de um imóvel particular tombado, que é um bem (uma utilidade) que em geral pode ser usufruído gratuitamente, e por isso do ponto de vista econômico é um bem público. Sendo um bem público e, portanto, uma falha de mercado, justifica-se, do ponto de vista econômico, a atuação do Estado por meio das políticas de proteção.

Retomando os institutos do tombamento e do registro, mas em linguagem econômica, pode-se afirmar que o tombamento é visto, pelo proprietário, como uma externalidade negativa. Pela comunidade em geral, como uma externalidade positiva, desde que o patrimônio cultural seja considerado, por ela, como uma utilidade, ou um benefício. Os proprietários vizinhos tanto podem percebê-lo como uma externalidade positiva ou como negativa, a depender de valorizarem mais o usufruto efetivo da proximidade com o patrimônio tombado, ou a submissão às restrições administrativas impostas pelo artigo 18 do decreto-lei.

O registro de patrimônio imaterial, por sua vez, não implica, em regra, nenhum ônus ou limitação a seus detentores. Ao contrário, quando a expressão cultural valorada se materializa em um produto (queijo, acarajé, etc.) pode trazer-lhes ganhos econômicos, não somente a partir da visibilidade trazida pelo registro, mas também por força do fomento decorrente das políticas de salvaguarda efetivadas pelo Estado. Por isso se pode afirmar que, ao contrário do tombamento, em geral implica somente externalidade positiva, na medida em que possibilita investimentos estatais e gera visibilidade.

Como se vê, as reduções esquemáticas da microeconomia podem evidenciar aspectos relevantes dos institutos jurídicos tombamento e registro, e dessa forma contribuir para que a atuação do Estado, em cada caso, seja mais efetiva.

Entretanto, essa contribuição deve ser avaliada sempre com muito cuidado, com a preponderância dos valores e princípios ínsitos ao sistema cultural.

Por exemplo: sob a perspectiva econômica da eficiência Kaldor-Hicks, um possível tombamento poderia ser desaconselhável. Os custos impostos aos proprietários do imóvel tombado e do entorno, o custo de regulação ou de desapropriação indireta eventualmente atribuído ao Estado, tudo isso pode ser considerado alto demais para compensar eventuais/potenciais ganhos culturais diluídos por toda a sociedade.

Mas o processo administrativo em que decidido o tombamento deve se pautar precipuamente pelos parâmetros ínsitos a seu próprio sistema. Se aqueles bens, objetos do processo, são identificados como vetores materiais de significados sociais, ou seja, portadores de atributos "diferencialmente mobilizados para dar inteligibilidade, significação e valoração às relações entre os homens, dos homens com a natureza e com outras instâncias de ser"[48], o tombamento deve ocorrer. "Sem as práticas sociais, não há significados sociais. Mas também não há significados sociais sem vetores materiais" (p. 36).

Nem por isso os custos advindos do tombamento – custos para a sociedade, custos para o Estado – não devam ser explicitados no transcurso do próprio processo de tombamento.

A inserção do bem tombado na dinâmica econômica de seu contexto físico, sua localização concreta, também deve ser uma preocupação fundamental das políticas públicas desenvolvidas para sua preservação enquanto bem cultural.

Para tanto, a atuação do Estado enquanto preservador do patrimônio cultural, do ponto de vista do planejamento urbano (no caso de bens tombados situados nas cidades), deve estar politicamente engajada em uma atuação que garanta o vínculo que atribui significado cultural a tais espaços, ou seja, a partir do reconhecimento "da primazia do cotidiano e do universo do trabalho nas políticas de identificação, proteção e valorização e, consequentemente, de maximização do potencial funcional"[49]. Sua sustentabilidade, sua conservação, integradas ao uso que originou o significado social. Caso contrário, ou seja, se a opção política não for consentânea à manutenção do significado social do imóvel tombado, como consequência, o bem cultural será percebido como fetiche, como mera oportunidade de negócios, muitas vezes ligado a um turismo que o trata como uma "casca cênica de fruição estética" (p. 39).

Nessa perspectiva, o instrumental da economia poderá estar a serviço de um caminho que foi previamente traçado pelas opções políticas que estão à disposição

[48] MENESES, 2015, p. 46.

[49] *Ibidem*, p. 52.

do Estado, pois sem diagnósticos precisos da realidade, e sem se garantir economicamente a sustentabilidade da relação entre bem cultural e comunidade, o tombamento não possibilitará a manutenção da referência cultural, tida pela Constituição como valor central do patrimônio cultural.

No que se refere ao registro de patrimônio imaterial, a escolha de quais práticas sociais serão registradas e quais não serão é, até certo ponto, técnica, mas pode ser política. Os detentores de práticas candidatas a patrimônio cultural, se bem-organizados, podem legitimamente apresentar a documentação técnica necessária para a boa instrução do processo; mas podem também exercer as pressões descritas pela teoria do *public choice*, obtendo a captura do agente público.

Por outro lado, efetuado o registro de uma prática, há que se estabelecer uma política para sua salvaguarda. Ora, muitas dessas ações estatais partem do pressuposto de que os detentores são um grupo relativamente homogêneo, e os ganhos com as iniciativas do Estado serão divididos entre eles de maneira uniforme.

Entretanto, os detentores podem ser considerados como agentes econômicos individuais que estão disputando os escassos recursos do Estado para maximizar, cada um, sua própria felicidade. É importante que sejam vistos em suas individualidades, muitas vezes díspares, para que análises de custo-benefício da atividade/ação do Estado sejam adequadamente formuladas. Quem efetivamente vai ganhar? Quem não vai ser atingido?

5. PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL: O MODO DE FAZER QUEIJO ARTESANAL EM MINAS GERAIS

Uma das práticas sociais registradas como patrimônio imaterial é o modo artesanal de fazer queijo, a partir do leite cru, em algumas regiões de Minas Gerais. A utilização do leite cru e ferramentas/utensílios tradicionais, como prateleiras de madeira, têm sido vedadas ou restringidas pelos órgãos sanitários do Estado. A produção de alimentos é em geral objeto de intensa regulação pelo Estado.

Ora, qualquer iniciativa de salvaguarda dessa prática que busque valorizar o produto final, o queijo, vai beneficiar mais aqueles produtores que efetivamente conseguem comercializá-lo, tanto porque detêm o certificado sanitário, como porque contam com um sistema de distribuição que permite levá-lo aos grandes centros.

Nesse sentido, a eficiência de uma política de divulgação do produto como um todo (no caso o queijo produzido a partir de uma prática social registrada), como lembrado por Coutinho[50], mascara a distribuição desigual dos benefícios entre cada produtor. A eficiência parte do princípio de que "se todos estão melhores do que antes, não importa, individualmente falando, o que significa isso para cada um" (p. 26).

[50] COUTINHO, Diogo. *Direito e economia política na regulação de serviços públicos.* São Paulo: Saraiva. 2014, p. 29.

Mas a hipótese aqui abordada demonstra a realidade de uma distribuição de ganhos que pode ser significativamente desigual, pois essa política de divulgação do produto pode estar contribuindo para a consolidação de produtores "industriais" que não são detentores da prática social.

Novamente cabível a observação de que pode haver a captura do agente da salvaguarda, ainda que involuntária, pelos grupos mais organizados – os produtores industriais, ou aqueles com recursos para financiar associações e cooperativas que defendam seus interesses –, para que os investimentos do Estado ocorram nas ações que busquem valorizar o produto final, o queijo, e não as práticas sociais que são, afinal, a essência do patrimônio imaterial que se quer preservar.

O conceito de seleção adversa é cabível aqui; muitas vezes o detentor que se beneficiará da ação do Estado é aquele que não precisa; e o que efetivamente precisa, não será atingido.

Claro que em muitos sentidos os produtores do queijo – pequenos, médios ou grandes – compartilham interesses comuns, de forma que os conflitos internos existentes devem ser, ainda que momentaneamente, refreados para obtenção de um comportamento cooperativo, em um jogo em que todos ganham, a partir da aplicação da Teoria dos Jogos na mediação de conflitos, que pode ser realizada pelos agentes estatais da salvaguarda.

Entretanto, a diferença entre eles pode exigir que a atuação do Estado, enquanto corresponsável pela salvaguarda da prática artesanal de fazer queijo tradicional, deve ser ativa também no sentido de questionar se todas as normas sanitárias impostas são efetivamente necessárias para manutenção da qualidade do produto final, e se não há meios alternativos para a manutenção dessa qualidade. Tais normas implicam custos aos produtores; são inibidoras de um comportamento (práticas sociais salvaguardadas) que se quer incentivar.

O conflito entre normas sanitárias e a prática social a ser salvaguardada parece ser o que mais interfere na manutenção da prática e deveria receber a atenção compatível com sua importância.

Essa consideração leva a reflexões sobre a própria escolha, pelo Estado, de quais aspectos da realidade se quer impactar e a partir de quais produtos/serviços/atividades. Ainda que não seja possível a construção dos indicadores adequados para aferição de eficiência/efetividade, um diagnóstico prévio pontual mínimo da situação dos detentores (que já tem seu custo), considerando-se os aspectos homogêneos e os individuais (ou grupais), pautado sempre pelo vetor fundamental que é a prática social, pode trazer parâmetros mais objetivos para que seja enfrentado o *trade-off*: (i) de um lado, ações/atividades que podem impactar de modo mais profundo a manutenção da prática, como investimento em pesquisa para se aferir a qualidade do queijo mesmo a partir de normas sanitárias mais brandas, mas que têm efeitos a longo prazo, custos de difícil mensuração; (ii) de outro lado, ações/atividades de efeitos mais superficiais, mas com custos menores, como patrocínio

de exposições e feiras; a favor (ou contra) esse último tipo de gasto, há o fato – político – de possibilitar a divulgação da própria entidade estatal que está promovendo a salvaguarda.

É aconselhável, assim, que se façam exercícios de busca de eficiência e efetividade, ainda que sem a objetividade de dados que seria desejável.

As escolhas devem se pautar também pela avaliação de que algumas ações/atividades podem ser desenvolvidas pelos próprios produtores, principalmente quando organizados em cooperativas e associações. A atuação estatal deve ser mais direcionada às atividades que não podem ser custeadas pelos detentores/produtores que, afinal, são também agentes econômicos.

Outro aspecto relevante, que permeia toda a política de salvaguarda – toda política pública, na verdade – é que ela é desenvolvida precipuamente por servidores públicos que atuam em nome do Estado, ou seja, há uma constante tensão "agente x principal", que muitas vezes impede que as políticas elaboradas pelos representantes eleitos – que bem ou mal têm legitimidade popular (principal) – sejam efetivamente aplicadas a partir de uma estrutura capilarizada indispensável para sua execução (funcionários – agentes).

Por fim, há que se considerar que nem sempre o detentor deve ser visto como um *homo economicus* clássico. Em algumas situações a Economia Comportamental, que trabalha com um indivíduo altruísta, inconsistente mas confiante, que reluta em mudar de ideia, pode ser mais adequada. Com a ajuda das técnicas da Teoria dos Jogos, as políticas públicas podem ter um impacto muito mais dinâmico para a manutenção das práticas sociais registradas.

Essas foram algumas considerações, algumas ideias construídas a partir de uma forma microeconômica de se ver o mundo, que podem ser relevantes para a elaboração de planos de salvaguarda guiados pela preocupação de um gasto eficiente do dinheiro público e busquem efetivamente contribuir para a manutenção das práticas sociais consideradas importantes como expressão do pluralismo de nossa sociedade.

CONCLUSÃO

A tarefa do Estado na proteção do patrimônio cultural não pode deixar de se pautar pelas diretrizes trazidas pela Constituição Federal, notadamente pela valorização dos objetos enquanto significantes às pessoas e pelo pluralismo. Fixada essa premissa, o instrumental da AED pode ser útil, ainda que a muito disseminada técnica de disposição a pagar, por exemplo, não se mostre muito adequada em virtude da referência cultural, ou seja, da especial relação de significação – necessariamente não monetária – que é exigida para que uma prática social seja considerada portadora de um valor cultural. Valor cultural e valor monetário são grandezas não intercambiáveis. Ao menos a partir do referencial metodológico aqui adotado.

Ademais, os modelos de microeconomia, que pretendem prever o comportamento humano a partir de análises empíricas, podem facilmente se tornar abstrações sem respaldo na realidade; e o conceito-chave para a economia, o de eficiência, pode ser manipulado para mascarar alocações de recursos que, de forma sutil, beneficiam desigualmente as pessoas envolvidas.

Inobstante tais ressalvas, o certo é que o gasto de dinheiro público precisa ser guiado, de alguma forma, por indicadores de desempenho, trabalhando com o conceito de eficiência, como a relação entre produtos gerados a partir de insumos utilizados; e de efetividade, como transformação da realidade a partir da política pública desenvolvida.

Dessa forma, uma política eficiente pressupõe a elaboração de uma base de dados de indicadores consistentes, o que somente pode ocorrer com a conjugação de esforços políticos – escolha de prioridades de aspectos da realidade que serão transferidos para dados objetivos; administrativos – elaboração desses dados; e jurídicos – conformação do desenho com o ordenamento jurídico.

Por outro lado, ainda que fora dos padrões de efetividade e eficiência tradicionais, a perspectiva da microeconomia pode ajudar a visualizar padrões de comportamento e, a partir deles, estabelecer alguns critérios que sirvam como diretriz para a atuação pontual, mas eficiente, do Estado.

Alguns exemplos podem ser trazidos a partir do registro e salvaguarda do modo artesanal de fazer queijo em algumas regiões de Minas Gerais, como a percepção de que as pessoas chamadas de detentores pelos órgãos de proteção cultural são na verdade produtores, agentes econômicos, com individualidades díspares, disputando os recursos estatais para maximizar sua própria felicidade. As ações estatais podem beneficiar, até mesmo por força da chamada "captura" dos agentes estatais, aqueles detentores/produtores mais organizados e que menos precisariam do fomento trazido pela salvaguarda, configurando-se o que se chama "seleção adversa".

Importante é que os agentes envolvidos no processo – agentes políticos, administrativos ou jurídicos – tenham sensibilidade para enxergar os problemas trazidos em cada caso concreto sob novas perspectivas, buscando uma atuação eficiente do Estado, com mais efetividade para as políticas públicas de proteção ao patrimônio cultural, material ou imaterial.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Ministério do Planejamento. *Melhoria da gestão pública por meio da definição de um guia referencial para medição do desempenho da gestão, e controle para o gerenciamento dos indicadores de eficiência, eficácia e de resultados do programa nacional de gestão pública e desburocratização*. Brasília: Distrito Federal, 2009. Disponível em: <http://www.gespublica.gov.br/sites/default/files/documentos/guia_indicadores_jun2010.pdf>. Acesso em 1º jun. 2018.

BORTOLOTTO, Chiara. Patrimônio e Futuro da Autenticidade. *In*: *Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Patrimônio: desafios e perspectivas.* Vol. 36. Brasília, 2017, p. 23 a 37.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de Política Pública em Direito. *In: Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico.* São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1-51.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Introdução. *In: Direito e Economia em Dois Mundos – Doutrina jurídica e prática empírica.* Rio de Janeiro: FGV, 2014; edição eletrônica posição 61 a 296.

COASE, Ronald. O problema do Custo Social. *In: Journal of Law and Economics.* 1960. Tradução de ALVES, Francisco K. F. e CAOVILLA, Renato V., disponibilizado durante o Curso.

COOTER, Robert and ULEN, Thomas. "Law and Economics, 6th edition" (2016). Berkeley Law Books. Book 2. Disponível em: <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=books>. Acesso em 11 jun. 2018.

COUTINHO, Diogo. *Direito e economia política na regulação de serviços públicos.* São Paulo: Saraiva. 2014.

FISS, Owen M. The Death of the Law? *In: Cornell Law Review*, p. 1-16. November 1986. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2212&context=fss_papers>. Acesso em 13 mai 2018.

JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard. A Behavioral Approach to Law and Economics. *In: Stanford Law Review*. Vol. 50:1471, p. 1471-1548, May 1998.

MANKIW, N. Gregory. *Introdução à Economia.* Tradução Allan Vidigal Hastings e Elisete Paes e Lima. São Paulo: Cengage Learning, 2010.

MENESES, Ulpiano T. Bezerra de. A cidade como bem cultural – áreas envoltórias e outros dilemas, equívocos e alcance da preservação do patrimônio ambiental urbano. *In: Patrimônio: atualizando o debate.* 2. ed. São Paulo: Fundação Energia e Saneamento, 2015, p. 33-53.

PARGENDLER, Mariana. SALAMA, Bruno. Direito e Consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. *In: RDA – Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 262, p. 95-144, jan/abr 2013.

QUEIROZ, H. F. O. G. O Registro de Bens Culturais Imateriais como Instrumento Constitucional Garantidor de Direitos Culturais. *In: Revista do IPAC nº 1*. Salvador, 2016. Disponível em: <http://www.ipac.ba.gov.br/publicacoes-para-download/revista-ipac>. Acesso em 14 maio 2018.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Direito e Economia? *In:* TIMM, Luciano B. (org.). Direito e Economia, 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. Republicação: RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). Fragmentos para um Dicionário Crítico de Direito e Desenvolvimento. São Paulo: Saraiva, 2011. Disponível em: <https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/16/>. Acesso em 18 mar. 2018.

SANDEL, Michael J. *What Money Can't Buy: The Moral Limits of Markets*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2012; versão eletrônica.

SILVA, José Afonso da. *Ordenação Constitucional da Cultura.* São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVESTRIN, Mônia Luciana. DIANOVSKY, Diana. Reconhecimento do patrimônio imaterial, mercado e política – Reflexões a partir de uma experiência de estado. In: *Revista Andaluza de Antropologia,* n. 12, marzo de 2017. Disponível em: <http://www.revistaandaluzadeantropologia.org/uploads/raa/n12/silvestrin.pdf>. Acesso em 22 abr. 2018.

ULEN, Thomas S. Um prêmio Nobel para a Ciência Jurídica: teoria, trabalho empírico e o método científico no estudo do direito. *In:* MARISTRELLO PORTO, Antonio e SAMPAIO, Patrícia. *Direito e Economia em Dois Mundos – Doutrina jurídica e prática empírica.* Rio de Janeiro: FGV, 2014; edição eletrônica posição 388 a1871.

YEUNG, L. Direito, economia e empirismo. *In:* MARISTRELLO PORTO, Antonio e SAMPAIO, Patrícia. *Direito e Economia em Dois Mundos – Doutrina jurídica e prática empírica.* Rio de Janeiro: FGV, 2014; edição eletrônica; posição 3527 a 3843.

A LEI Nº 13.655/2018 E O PROCESSO LEGISLATIVO: POSSÍVEIS DIÁLOGOS SOB A VISÃO DO CONSEQUENCIALISMO

The Law nº 13.655/18 and the legislative process: the possible dialogue under the consequentialism vision

Marco Antonio Hatem Beneton[1]

SUMÁRIO Introdução. 1. A natureza da LINDB e a Lei nº 13.655/18. 2. O processo legislativo e a LINDB. 3. A lei como fruto da consensualidade. 4. O legislador como autor pragmático: *mens legislatori versus mens legis*. O processo legislativo como veículo do consequencialismo? Uma (possível) revisão do embate *mens legislatori versus mens legis*? 5. A Lei nº 13.655/18 e o processo legislativo. Conclusão. Referências.

RESUMO Este artigo tem por objetivo investigar os possíveis pontos de contato entre o processo legislativo e a Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, que introduziu alterações na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) ao acrescentar novos dispositivos, todos voltados a instrumentalizar o Direito Público com métodos e técnicas de aplicação e interpretação de normas que tenham por substância aquele ramo do Direito.

Palavras-chave: Processo legislativo. Legislador. Consequencialismo. Lei de introdução às normas do Direito brasileiro.

ABSTRACT The purpose of this article is to investigate the possible points of contact between the legislative process and Law nº 13.555 of april 25, 2018, which introduced changes to the Law of Introduction to Brazilian Law (LINDB) by adding new devices, all aimed at to instrumentalize the Public Law with methods and techniques of application and interpretation of norms that have as substance that branch of Law.

Keywords: Legislative process. Legislator. Consequentialism. Introduction law to standarts in Brazil.

INTRODUÇÃO

Um intérprete mais afoito diria: "Não, as novas disposições da LINDB não se dialogam com o processo legislativo, eis que, textualmente, a lei se dirige às autoridades administrativas, controladoras e judiciais". Outro intérprete de visão mais alargada diria: "Como não? Se aplica sim! As espécies normativas possuem regras de aplicação e vigência que decorrem da LINDB, tais como cláusula de vigência, momento em que passa a viger etc". Quem detém a verdade nesse embate? Talvez,

[1] Procurador da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Doutor em Direito Financeiro pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Cursos de Extensão pela Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo e Escola de Contas do TCM. Ex-chefe de gabinete da Secretaria de Estado da Justiça e Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo (gestão Alexandre de Moraes). Ex-procurador-chefe e ex-secretário-geral da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo.

neste singelo estudo, poderemos dar indicações de qual caminho seguir, mas não esgotaremos o tema e não solucionaremos o imbróglio. Mais do que dar indicações de caminhos, procuramos jogar luzes nesta parte que nos parece obscura: a fronteira entre a produção normativa e a sua subsunção às regras jurídicas imprescindíveis para a pós-positivação do ato normativo, quando ele começa a viger. E mais: far-se-á uma provocação para aprofundarem-se os debates, ao se lançar a questão da aplicação de regras que objetivem dar melhor qualidade à lei no futuro, quando essa deflagrar os seus efeitos pensados ou, na melhor das hipóteses, desejados, planejados. Para tanto, deve-se percorrer todo um *iter*.

Em primeiro lugar, devemos investigar qual é a natureza da LINDB e o que ela representa para o ordenamento jurídico sob um ponto de vista mais global. Após, deve-se olhar para o processo legislativo, como meio constitucional – e legítimo por excelência – para a produção de normas que vinculem os sujeitos de uma relação às obrigações e deveres de natureza jurídica. Ato contínuo, pretende-se saber no que a Lei nº 13.655/18 inovou, ou procurou inovar no mundo jurídico. Daí, então, partiremos para os devidos questionamentos, tais como inquirir se a lei é fruto da consensualidade; o que significa a lei para um contexto; indagar se a lei é pensada para gerir consequências próprias, pensadas ou desejadas, ou, outras, não pensadas nem desejadas; como interpretar e aplicar essas consequências inesperadas. Disso tudo, é inevitável a pergunta: é o legislador um a(u)tor pragmático? Desse ponto, expor-se-á a questão da *mens legislatori versus mens legis*. Nesse momento, deságua-se na interrogação: o processo legislativo age veículo do consequencialismo? Aproxima-se, então, do objeto deste estudo: a Lei nº 13.655/18 dialoga com o processo legislativo? A tarefa não será fácil. Vê-se que existem mais dúvidas do que certezas; vê-se que existe mais espaço para o experimentalismo do que para evidências. Nada é absolutamente tranquilo sob o manto necessário, mas pesado, da lei. Isso porque não é demais lembrar a frase de Hermann Jahrreiss, citado pelo ministro do STF, Gilmar Mendes: "Legislar é fazer experiências com o destino humano".

Se a lei, como substância e pilar de legitimidade e de autoridade no Estado Democrático de Direito, é essencial para a organização da vida social, que ela seja efeito loquaz de proteção, harmonia, desenvolvimento, cooperação, ordem e promoção da dignidade da pessoa humana, sendo o seu nascimento, vida e morte, regrado por condições que a tornem meio útil de superação dos conflitos e não seja combustível para alimentar a interminável fogueira das dúvidas belicosas.

Comecemos a investigar qual é a natureza da LINDB e o que ela representa para o ordenamento jurídico, como um ponto a partir da fronteira entre o direito desejado e o direito positivado.

1. A NATUREZA DA LINDB[2]

O que vem a ser uma lei de introdução às normas de Direito? Qual a sua natureza? A lição de Maria Helena Diniz[3], ainda sob o enfoque do Decreto nº 4.657/42, diz que:

> A Lei de Introdução é um código de normas (...) descreve as linhas básicas da ordem jurídica, exercendo a função de lei geral, por orientar a obrigatoriedade, a interpretação, a integração e a vigência da lei no tempo e por traçar as diretrizes das relações de direito internacional privado por ela tidas como adequadas por estarem conformes com as convenções e com os tratados a que aderiu o Brasil. (...) a Lei de Introdução é uma *lex legum*, ou seja, um conjunto de normas sobre normas, constituindo um direito sobre direito, um superdireito, um direito coordenador de direito. Não rege as relações de vida, mas sim as normas, uma vez que indica como interpretá-las ou aplicá-las, determinando-lhes a vigência e eficácia, suas dimensões espácio-temporais (...) contém normas relativas à aplicabilidade e incidência de outras normas, constituindo o sobredireito.

Não é demais lembrar, como o faz Sundfeld[4], que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro já influencia, na verdade, uma lei, desde o seu processo de produção. Além de reforçar as ideias ensinadas por Maria Helena Diniz, Sundfeld chama a atenção para esse detalhe, apesar de não adentrar na seara do processo legislativo:

> A ampla incidência sempre foi característica da antiga Lei de Introdução. Seu art. 1º, *caput*, diz que "salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada". E nunca houve dúvida de que essa regra deveria incidir sobre leis tributárias, leis funcionais, leis sobre serviços públicos, leis previdenciárias, enfim, quaisquer leis. O mesmo ocorre com seus arts. 2º ("a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue"), 3º ("ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece"), 4º (sobre a "lei omissa"), 5º (relevância dos "fins sociais" e "exigências do bem comum"), 6º ("efeito imediato e geral" da lei, salvo "o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada"), e assim por diante. Justamente por isso se diz, e é certo, que a Lei de Introdução é uma lei de sobredireito. Esses antigos dispositivos não têm, como se sabe, qualquer referência expressa ao direito tributário ou à atividade administrativa tributária, judicante ou não. Nem por isso há incerteza quanto à

[2] A atualmente denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, conhecida pela sigla LINDB, em verdade nasceu com outro nome: Lei de Introdução ao Código Civil, posto no mundo, primeiramente pela Lei nº 3.071/1916 e, posteriormente, com a revogação desse decreto, pelo Decreto nº 4.657/1942. Em 2010, a Lei nº 12.376 conferiu a essa norma o seu rótulo atual.

[3] DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. 6.Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2001, p. 4-7.

[4] SUNDFELD, Carlos Ari. LINDB: Direito Tributário está sujeito à Lei de Introdução reformada - Qual o âmbito de incidência dos novos dispositivos? *In:* periódico *on-line Jota*, edição de 10/8/2018.

> vinculação a eles dos julgadores administrativo-tributários. Normas gerais de interpretação e aplicação de Direito obrigam a todos que interpretam e aplicam o Direito, independentemente de citação nominal. De resto, se a atividade judicante do Judiciário está vinculada à Lei de Introdução, porque atividade judicante de simples autoridade administrativa estaria isenta?

Vê-se, com clareza, que as leis, qualquer que seja a sua espécie ou natureza material (civis, penais, tributárias, administrativas etc.), devem conter em seu texto regras advindas da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. No entanto, aqui, não chegaremos a fazer nenhum reparo à lição de Sundfeld, mas avançamos no sentido de dizer o que ele não disse ou disse menos do que poderia ter dito. Estamos a nos referir ao fato de a LINDB não ser apenas um fenômeno de repercussão da norma jurídica positivada, publicada e com a geração de efeitos em determinada época e lugar. Não. A LINDB conversa, em verdadeiro diálogo das fontes, com as normas jurídicas que dispõem sobre a técnica legislativa, normas essas, aliás, que têm o seu anúncio já no texto da Constituição Federal.[5]

A LINDB, em 2018, teve uma significativa alteração, com a inclusão de disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do Direito Público. Ela traz um conjunto de normas gerais de Direito Público, prevalentemente normas de caráter instrumental e interpretativo, embora também contemple normas sancionadoras, como a que prevê, por exemplo, a responsabilização pessoal do agente público por dolo ou erro grosseiro (art. 28).

Afiançados em Sundfeld, conclui-se que a Lei nº 13.655/2018 traz normas instrumentais e de interpretação às autoridades das esferas administrativa, controladora e judicial para que elas manejem instrumentalmente as normas gerais de cada matéria ramificada no Direito Público (Direito Financeiro, Direito Administrativo, Direito Tributário etc.) sob as luzes dos preceitos de ordem pública gerados pela Lei nº 13.655/2018. Essa lei traduz instrumentalidade e não cria novas regras de direito público material nos respectivos ramos dos Direitos. As normas gerais, especiais, materiais ou formais de cada ramo do Direito Público continuarão sendo emitidas de acordo com a espécie legislativa exigida pela Constituição Federal. Todavia, o *modus operandi* dessas normas passa pela observância obrigatória da nova lei.

2. O PROCESSO LEGISLATIVO E A LINDB

Há uma frase que se reputa – não se sabe se é verídica ou se é folclore – a Otto Von Bismarck (1815-1898): "Leis são como salsichas; é melhor não saber como

[5] Art. 59, CF: "O processo legislativo compreende a elaboração de: I - emendas à Constituição; II - leis complementares; III - leis ordinárias; IV - leis delegadas; V - medidas provisórias; VI - decretos legislativos; VII - resoluções. Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis."

são feitas". Verdadeira ou não, a despeito da sua presença de espírito, o fato é que a frase deve ser devidamente balizada, no sentido de ela se referir ao *decisionismo* quanto à formação do conteúdo de mérito da lei; quem, como, quando e em qual contexto sociopolítico as personalidades políticas envolvidas (preponderantemente, Legislativo e Executivo, bem como outros legitimados) gravaram em um texto um punhado de teses, aspirações, desejos, necessidades e ideias para que esses elementos se tornassem regras gerais, abstratas e vinculantes. O que não se discute é o meio, o processo que levou esse conjunto de elementos a se tornar uma lei. Processo e conteúdo não se misturam, a despeito das aparências contrárias. Processo (e procedimento) são fenômenos díspares à matéria que eles carregam. Para Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco[6]:

> (...) processo significa marcha avante, caminhada. Por isso durante muito tempo ele foi confundido com a simples sucessão de atos processuais (...). O processo pode ser encarado pelo aspecto dos atos que lhe dão corpo e das relações entre eles, e igualmente pelo aspecto das relações entre os seus sujeitos. O procedimento é apenas o meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina o processo; é a manifestação extrínseca desse (...) a noção de procedimento é puramente formal, não passando da coordenação de atos que se sucedem, o meio pelo qual a lei estampa os atos e fórmulas da ordem legal do processo. (...) É lícito dizer, pois, que o processo é o procedimento realizado mediante o desenvolvimento da relação entre seus sujeitos, presente o contraditório.

Essa explicação é muito mais concernente ao processo judicial e ao processo administrativo, ainda mais quando se fala em relação entre seus sujeitos e contraditório. No entanto, essa definição pode ser transportada, *cum grano salis*, ao processo legislativo, que é o meio de instauração de um procedimento que visa à subsunção do mundo social a uma determinada regra de ordenação, sendo o procedimento desenvolvido por intermédio da sucessão encadeada de atos, todos destinados à formação de um ato final: o ato normativo. Quando se diz que a definição dos processualistas deve ser transportada com atenção, isso vem a significar que não é a entronização, em toda a sua totalidade, dessa definição de um campo da cultura jurídica em outro campo da cultura jurídica. A questão da relação de sujeitos e do contraditório, apesar de não poder ser abandonada pelo processo legislativo, sofre atenuações consideráveis. Nem por isso deixam de ser verificáveis no processo legislativo quando, por exemplo, substituímos os sujeitos por partidos políticos e o contraditório/defesa pelo debate/defesa de posições meritórias ou políticas que são, em grande parte, antagônicas. Tudo isso é feito sob o reinado de regras jurídicas sem que essas se misturem com o

[6] ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 7. Ed., ampliada e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990, p. 247/254.

mérito político em debate, eis que o processo legislativo tem autonomia em relação à matéria que veicula. Em termos gerais essas regras jurídicas são capitaneadas pela Constituição, seguidas: a) pela Lei Complementar que define regras de técnica legislativa; e b) pelo Regimento Interno da respectiva Casa Legislativa.

A legislação no Estado Democrático de Direito tem um papel essencial e fundamental, uma vez que é sob o signo da reserva da legalidade que as pessoas físicas e jurídicas (privadas e públicas) deverão obrigatoriamente se pautar em suas relações. Tanto é que suas relações, sob as luzes do Direito, são denominadas de relações jurídicas, submetidas a direitos, deveres e obrigações decorrentes da lei em praticamente todos os quadrantes da sua vida[7], sendo vital a concepção de legislação e democracia. Oportuno salientar a imbricação da concepção de democracia com legislação, imbricação essa feita por Hans Kelsen[8] e resumidamente exposta na introdução elaborada por Giacomo Gavazzi, quando diz que:

> (...) um sistema nunca pode ser considerado integral e totalmente democrático (ou totalmente autocrático), mas, antes, uma combinação (evidentemente em doses bastante variáveis) de elementos democráticos e autocráticos. Pode-se chamar democrático um sistema que o seja pelo menos no nível da produção das normas mais gerais e mais abstratas; em suma, no nível de legislação. Administração e jurisdição podem, em teoria, ser programadas democraticamente, mas, no mais das vezes, são organizadas autocraticamente. Nesse sentido, para conter e corrigir a discricionariedade própria a todos os órgãos autocráticos, introduz-se no sistema o princípio da legalidade.

Ou seja, a legislação é, no Estado de Direito, além de fonte de solução e obediência, colchão democrático de amortecimento das decisões tendenciosamente autocráticas dos demais Poderes. Na voz de Gilmar Mendes, ganha destaque, pois:

---

[7] A lição sempre presente e didática de Miguel Reale (*Lições Preliminares de Direito.* 17. ed., revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 5) vem à tona em saborosa lembrança: "[...] ninguém pode exercer uma atividade sem razão de direito. Lembro-lhes, por exemplo, que esse nosso contato está sob a proteção do Direito: eu, dando aula e os senhores ouvindo-a, estamos todos no exercício de uma faculdade jurídica. Os senhores conquistaram o direito de frequentar as aulas, através dos exames que prestaram, e se não pagam taxas é porque ainda não há norma que as estabeleça. Quer dizer que estão aqui no exercício de uma atividade garantida. Também, por meu lado, estou no exercício de uma função que se integra na minha personalidade, como meu patrimônio: exerço um poder de agir, tutelado pelo Direito. Há, portanto, em cada comportamento humano, a presença, embora indireta, do fenômeno jurídico: O Direito está pelo menos pressuposto em cada ação do homem que se relacione com outro homem. (...) O Direito é, sob certo prisma, um manto protetor de organização e de direção dos comportamentos sociais." Michel Troper (*Filosofia do Direito.* São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003, p. 7) também dedica interessante estudo a esse respeito: "Vivemos sob o império do direito. Desde o nascimento, é obrigatório registrar a criança, e o nome que ela terá lhe será atribuído conforme certas regras, bem como outras determinarão que seja matriculada em uma escola. Quando compramos o mais simples objeto ou pegamos um ônibus, isso ocorre pela aplicação de um contrato. Nós nos casamos, trabalhamos e nos tratamos de acordo com o direito".

[8] KELSEN, Hans; GAVAZZI, Giacomo. *A Democracia.* São Paulo: Editora Martins Fontes, 2000, p. 14.

> (...) o Estado de Direito busca submeter todas as relações ao regime da lei. É da essência do sistema democrático, por outro lado, que as decisões fundamentais para a vida da sociedade sejam tomadas pelo Poder Legislativo, instituição fundamental do regime democrático representativo. (...) Nunca é demasiado enfatizar a delicadeza da tarefa confiada ao legislador. A generalidade, abstração e o efeito vinculante que caracterizam a lei revelam não só a grandeza, mas também a problemática que marcam a atividade legislativa.

A atividade legislativa, portanto, há de se submeter a um sistema de regras jurídicas destinadas à produção de normas gerais (por exceção, também específicas), abstratas (por exceção, também concretas) e vinculantes. Essa atividade legislativa se dá, portanto, sob a égide de um conjunto de regras jurídicas procedimentais que se visualizam em uma sucessão encadeada de atos destinada à formação de um ato normativo final, identificado, conforme o caso, em uma das espécies legislativas elencadas no art. 59 da Constituição Federal[9]: I - emendas à Constituição; II - leis complementares; III - leis ordinárias; IV - leis delegadas; V - medidas provisórias; VI - decretos legislativos; VII - resoluções.

Cada uma dessas espécies submete-se a um procedimento regimental e, em algumas espécies, a um procedimento constitucional, seguindo, em todo o caso, uma técnica de tracejamento, metodologia e sistematização, técnica essa que pode ser cunhada de técnica legislativa. Assim, ao final do processo legislativo, ficará evidente que ele não se misturou com o processo político, uma vez que o seguimento dentro das normas (constitucionais, legais e regimentais) de técnicas legislativas resultará em um ato normativo correspondente a uma das espécies legislativas previstas na Constituição.

É nesse momento em que se dá o *primeiro diálogo* entre a LINDB e o processo legislativo, tendo como ponto de contato a lei complementar que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona, no caso, a Lei Complementar nº 95/1998, no âmbito da União.[10] Por que dizemos isso, por que dizemos que aí se dá o primeiro diálogo entre a LINDB e a LC nº 95/98? Porque nessa última já se encontram as disposições necessárias para o nascimento e vida útil das leis, a obrigar a observância de dispositivos de sobredireito (tal como a LINDB) para que a lei, em sentido amplo, surja e venha a surtir seus jurídicos e próprios efeitos.

Daí é que, no cotejo entre as duas leis, identificamos esse diálogo que chamamos de *diálogo preparatório de positivação*. Nessas leis, esse diálogo preparatório de positivação ocorre, em especial, nos elementos e momentos condizentes à *vigência, revogação, conhecimento, aplicação* e *efeitos/transição/segurança jurídica*, moldados no seguinte quadro:

[9] Na Constituição do Estado de São Paulo corresponde ao artigo 21.

[10] No âmbito do Estado de São Paulo é a Lei Complementar nº 863, de 29 de dezembro de 1999.

Vigência/LINDB - Art. 1º - Salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada. Art. 2º - Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

Vigência/LC nº 95/98 - Art. 3º, III - parte final, compreendendo as disposições pertinentes às medidas necessárias à implementação das normas de conteúdo substantivo, às disposições transitórias, se for o caso, a cláusula de vigência e a cláusula de revogação, quando couber; Art. 8º - A vigência da lei será indicada de forma expressa e de modo a contemplar prazo razoável para que dela se tenha amplo conhecimento, reservada a cláusula "entra em vigor na data de sua publicação" para as leis de pequena repercussão.

Revogação/LINDB - Art. 2º - Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. § 1º - A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior; § 2º - A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior; § 3º - Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.

Revogação/LC nº 95/98 - Art. 9º - A cláusula de revogação deverá enumerar, expressamente, as leis ou disposições legais revogadas; Art. 12 - A alteração da lei será feita: II – mediante revogação parcial; § 2º - Preservando-se o conteúdo normativo original dos dispositivos consolidados, poderão ser feitas as seguintes alterações nos projetos de lei de consolidação: XI – declaração expressa de revogação de dispositivos implicitamente revogados por leis posteriores.

Conhecimento/LINDB - Art. 3º - Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.

Conhecimento/LC nº 95/98 - Art. 8º - A vigência da lei será indicada de forma expressa e de modo a contemplar prazo razoável para que dela se tenha amplo conhecimento, reservada a cláusula "entra em vigor na data de sua publicação" para as leis de pequena repercussão.

Aplicação/LINDB - Art. 5º - Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum; art. 22, § 2º - Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente; Art. 26 - Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso

com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial; Art. 30 - As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.

Aplicação/LC nº 95/98 - Art. 3º - A lei será estruturada em três partes básicas: I - parte preliminar, compreendendo a epígrafe, a ementa, o preâmbulo, o enunciado do objeto e a indicação do âmbito de aplicação das disposições normativas; Art. 7º - O primeiro artigo do texto indicará o objeto da lei e o respectivo âmbito de aplicação, observados os seguintes princípios [...]; Art. 7º, III - o âmbito de aplicação da lei será estabelecido de forma tão específica quanto o possibilite o conhecimento técnico ou científico da área respectiva.

Efeitos + transição + segurança jurídica/LINDB - Art. 6º - A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada; § 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou; Art. 23 - A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

Efeitos + transição + segurança jurídica/ LC nº 95/98 - Art. 3º, III - parte final, compreendendo as disposições pertinentes às medidas necessárias à implementação das normas de conteúdo substantivo, às disposições transitórias, se for o caso, a cláusula de vigência e a cláusula de revogação, quando couber; Art. 10 - Os textos legais serão articulados com observância dos seguintes princípios: VIII - a composição prevista no inciso V poderá também compreender agrupamentos em Disposições Preliminares, Gerais, Finais ou Transitórias, conforme necessário.

Portanto, LINDB e LC nº 95/98 estão em permanente diálogo que antecede à positivação da norma, para que essa tenha vida útil, longa e produza, com higidez e clareza possíveis, os seus jurídicos e próprios efeitos, como fruto da consensualidade.

3. *A LEI COMO FRUTO DA CONSENSUALIDADE*

Abrindo um parêntese, falemos, rapidamente, sobre a consensualidade *conditio sine qua non* que antecede a etapa do processo legislativo no Poder Executivo. Não se disse, mas é pressuposto lógico que o processo legislativo obedeça a algumas etapas ou fases, preponderantemente nos Poderes Executivo e Legislativo, ou nos demais legitimados na iniciativa legislativa: 1) iniciativa ou oferecimento; 2) instrução; 3) deliberação (discussão + votação); e 4) positivação ou negação, total ou parcial.

O processo de formação do ato normativo é complexo, ou seja, estabelecendo um paradoxo com os atos administrativos complexos, são os que resultam da manifestação de dois ou mais órgãos, sejam eles singulares ou colegiados, cuja vontade se funde para formar um ato único; as vontades são homogêneas e resultam de vários órgãos de uma mesma entidade ou de entidades públicas distintas, que se unem em uma só vontade para formar o ato[11].

A lei é fruto do consenso, mesmo que durante o debate político o dissenso tenha pairado como sombra. É que a deliberação do Poder Legislativo, fundada nos princípios da colegialidade e da soberania do plenário, demanda alto grau de consensualidade, que se resume na convergência de escolhas para que as demandas tenham fluidez, caminho, fim. Nesse passo, dar-se-á o (possível ou muito próximo) *segundo diálogo* entre a LINDB e o processo legislativo, agora explorando um dos dispositivos incluídos pela Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, com vistas a dar maior segurança jurídica e eficiência na aplicação do Direito Público, no que toca à questão da consensualidade, que são os artigos 26 e 27 da LINDB[12]. Esses artigos não se aplicam direta e inteiramente ao processo legislativo, mas sinalizam que a consensualidade, algo muito comum e inescapável no Poder Legislativo, sobrepaira na seara de formação de possíveis vontades no campo do Direito Público. Podemos pinçar alguns exemplos da consensualidade presente no processo legislativo: acordo de lideranças partidárias para se pautar uma proposição[13]; acordo de lideranças partidárias, para se iniciar ou se encerrar a discussão a respeito de uma proposição; acordo de lideranças partidárias para a deliberação de uma proposição; acordo de lideranças partidárias para oferecimento de emenda substitutiva, aglutinativa, aditiva ou supressiva. Nesse ponto a questão ganha uma proximidade muito grande do art. 26 da LINDB, uma vez que, fazendo uso dos expressos termos desse artigo, é por intermédio, *e. g.*, de emendas aglutinativas que são eliminadas irregularidades, incertezas, dúvidas ou se evitam situações contenciosas no futuro. Trata-se da celebração de um compromisso

[11] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 222.

[12] "Art. 26 - Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual somente produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.

Art. 27 - A decisão do processo, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, poderá impor compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos. § 1º A decisão sobre a compensação será motivada, ouvidas previamente as partes sobre seu cabimento, sua forma e, se for o caso, seu valor."

[13] Quando se diz proposição estamos a nos referir a toda matéria sujeita à deliberação no Plenário do Poder Legislativo, ou no seio das suas Comissões. O rol é extenso, e pode ir desde um simples requerimento até uma proposta de emenda à Constituição. Proposição é gênero e suas espécies são, por exemplo: proposta de emenda à Constituição, projeto de lei, moções, requerimentos, emendas, indicações, requerimentos de informação.

que muitas vezes envolve não somente as lideranças partidárias, mas também a liderança do governo no Parlamento, bem como representantes do Poder Executivo, tudo voltado à satisfação de um interesse público maior e em comum.

Dessa consensualidade parelha, surge uma constatação e uma indagação, indagação essa, aliás, antiga no Direito Constitucional brasileiro. A constatação é que o legislador atua como a(u)tor (ator + autor) pragmático. Geraldo Ataliba[14] traça um panorama lúcido a respeito das linhas que separam a função legislativa das demais funções estatais:

> (...) estas considerações de ordem geral põem em relevo a existência de um momento pré-jurídico, o momento da elaboração legislativa e de um segundo momento, já propriamente jurídico, aquele que se inicia quando a lei é posta em vigor e assume integralmente seu caráter dogmático. Na primeira hipótese, estamos nos domínios do político; estamos nos domínios da justiça pura, estamos no campo aberto às discussões e opiniões. Na segunda hipótese, estamos no campo exegético propriamente dogmático, específico do jurista, que precisa – munido do instrumental científico, que lhe é fornecido pela ciência do direito – entender e aplicar as normas jurídicas. O primeiro, o legislador, o político, sem dúvida alguma, para formar os seus critérios de conveniência, oportunidade, justiça etc., deve informar-se, assessorar-se, auxiliar-se dos subsídios fornecidos pelos sociólogos, economistas, pelos técnicos em geral, inclusive deve ouvir e consultar o sentimento popular, a opinião pública, a fim de bem orientar-se na produção do instrumento normativo. Não está preso a critérios jurídico, senão aos constitucionais que fixam a sua competência e balizam a sua esfera de atribuições. Quanto ao mais, é livre e vinculado somente à sua formação e inteligência.

No entanto, surge a indagação: e o antigo conflito *mens legislatori versus mens legis*? É o que cuidaremos no próximo tópico.

4. O LEGISLADOR COMO A(U)TOR PRAGMÁTICO: *MENS LEGISLATORI* VERSUS *MENS LEGIS*. O PROCESSO LEGISLATIVO COMO VEÍCULO DO CONSEQUENCIALISMO? UMA (POSSÍVEL) REVISÃO DO EMBATE *MENS LEGISLATORI* VERSUS *MENS LEGIS*?

É corrente na Teoria Geral do Direito de que, o que realmente importa, é o texto positivado da lei após a sua publicação. Essa é a vontade do povo vocalizada pelo Poder Legislativo. A lei é a expressão suprema da vontade do povo.

Assim, tanto a doutrina quanto a jurisprudência cerram fileiras no sentido de ser a vontade da lei aquela que está materializada em um texto, pouco ou nada

[14] ATALIBA, Geraldo. Justiça Formal, Justiça Substancial e Traços Diferenciais entre Ciência das Finanças e Direito Financeiro, *Revista de Direito Público n.7*, janeiro/março, 1969. São Paulo: Editora RT, 1969, p. 206.

importando a vontade do legislador, daquele que desenhou seu projeto e nele aninhou suas intenções.

Cite-se, novamente, Ataliba: "Logo, a vontade do legislador está idoneamente formulada e o que se tem é a própria vontade da lei, que, por sua vez, nada mais é do que a vontade do Estado." Para Eros Roberto Grau[15], em tom ácido, diz que:

> (...) a referência à vontade do legislador perde qualquer sentido. A interpretação constitucional, no nível linguístico, é interpretação semântica, voltada à determinação do significado das palavras e expressões contidas no texto da Constituição. Vale dizer: refere-se a normas reveladas por enunciados linguísticos – não a intenções ou vontades do texto ou do legislador constituinte –, estando, como observa CANOTILHO, condicionada pelo contexto, na medida em que se opera em condições sociais historicamente caracterizadas, produtoras de determinados usos linguísticos, decisivamente operantes na atribuição do significado.[16]

---

[15] GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 7. ed. refundida do Ensaio e Discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Editora Malheiros: 2016, p. 81-83.

[16] A jurisprudência segue na mesma esteira. Em voto lançado no AI nº 401.337, o ministro Celso de Mello sentenciou: "Nem se diga, de outro lado, que a intenção do legislador estadual teria sido a de não contemplar as categorias funcionais representadas pelas associações ora agravadas. É preciso advertir, nesse ponto, que a *mens legislatoris* representa fator secundário no processo hermenêutico, pois, nesse, o que se mostra relevante é a indagação em torno da *mens legis*, vale dizer, a definição exegética do sentido que resulta, objetivamente, do texto da lei. Ninguém ignora que a lei nada mais é do que a sua própria interpretação, consoante tem proclamado a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: "A INTERPRETAÇÃO DO ORDENAMENTO POSITIVO NÃO SE CONFUNDE COM O PROCESSO DE PRODUÇÃO NORMATIVA. – O ordenamento normativo nada mais é senão a sua própria interpretação, notadamente quando a exegese das leis e da Constituição emanar do Poder Judiciário, cujos pronunciamentos qualificam-se pela nota da definitividade. A interpretação, qualquer que seja o método hermenêutico utilizado, tem por objetivo definir o sentido e esclarecer o alcance de determinado preceito inscrito no ordenamento positivo do Estado, não se confundindo, por isso mesmo, com o ato estatal de produção normativa. Em uma palavra: o exercício de interpretação da Constituição e dos textos legais – por caracterizar atividade típica dos juízes e tribunais – não importa em usurpação das atribuições normativas dos demais Poderes da República. Precedente.» (RE 258.088-AgR/SC, rel. min. CELSO DE MELLO). Daí a procedente advertência que GERALDO ATALIBA faz em lapidar magistério ("Revisão Constitucional", *in:* Revista de Informação Legislativa, vol. 110/87-90, 87): "Em primeiro lugar, o jurista sabe que a eventual intenção do legislador nada vale (ou não vale nada) para a interpretação jurídica. A Constituição não é o que os constituintes quiseram fazer; é muito mais do que isso: é o que eles fizeram. A lei é mais sábia do que o legislador. Como pauta objetiva de comportamento, a lei é o que nela está escrito (e a Constituição é lei, a lei das leis, a lei máxima e suprema). Se um grupo maior ou menor de legisladores quis isto ou aquilo, é irrelevante, para fins de interpretação. Importa somente o que foi efetivamente feito pela maioria e que se traduziu na redação final do texto, entendido sistematicamente (no seu conjunto, como um todo solidário e incindível). (...) O que o jurista investiga é só a vontade da lei (...).» Em suma: a lei vale por aquilo que nela se contém e que decorre, objetivamente, do discurso normativo nela consubstanciado, e não pelo que, no texto legal, pretendeu incluir o legislador, pois, em havendo divórcio entre o que estabelece o diploma legislativo (*mens legis*) e o que nesse buscava instituir o seu autor (*mens legislatoris*), deve prevalecer a vontade objetiva da lei, perdendo em relevo, sob tal perspectiva, a indagação histórica em torno da intenção pessoal do legislador. Esse entendimento – que proclama a prevalência da vontade objetiva da lei sobre a intenção do legislador – reflete-se em preciso magistério doutrinário, como resulta claro das lições de JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO ("O Direito – Introdução e Teoria Geral", p. 414, item n. 228, 2. ed.,

De fato, afastando-se da interpretação histórica e da interpretação autêntica, que buscam, respectivamente, as raízes político-sociais da norma e as justificativas contidas na proposição legislativa, deve-se trabalhar com o texto acabado e publicado, sendo que é a partir daí que surtirão os jurídicos e próprios efeitos da lei.

No entanto, o legislador pretende ser um autor e um ator pragmáticos, na medida em que ele busca, por intermédio da atividade legislativa de produção da norma, meios de solução de um determinado assunto no meio social. Busca, com sua proposição, não somente chamar a atenção da sociedade e do Governo para uma determinada questão ou matéria – o que também pode ser tido como um instrumento da sua bandeira política –, mas busca, acima de tudo, ser o protagonista da solução. Na visão de Geraldo Ataliba, é o legislador que procura fazer justiça com as suas propostas, independentemente de ter ou não razão jurídica.[17] Essa, quem busca, é o juiz, a quem compete interpretar e aplicar a lei, sob o ponto de vista da validez. Ao legislador compete atribuir valor a algo, e visa ao justo. O legislador é, então, um pragmático.

Dentro de uma definição característica do pragmatismo, muito bem-apresentado por Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Verás de Freitas[18], com apoio na lição que citam, de Rafael Carvalho Rezende de Oliveira[19], pode-se, *mutatis mutandi*, alocar o pragmatismo do legislador dentro das três características diagnosticadas por Rezende de Oliveira:

> (i) o ***antifundacionalismo***, de acordo com o qual se rejeita a existência de entidades metafísicas ou conceitos abstratos, estáticos e definitivos no direito, imunes às transformações sociais; (ii) o ***contextualismo***, conceito que orien-

2001, Renovar), de CARLOS MAXIMILIANO ("Hermenêutica e Aplicação do Direito", p. 23/25, itens n. 32, 33 e 35, 19 ed., Forense) e de PONTES DE MIRANDA ("Comentários à Constituição de 1946", tomo VI/478-479, 3. ed., 1960, Borsoi), entre outros. Em igual sentido, firmou-se a jurisprudência dos tribunais, como o evidenciam as seguintes decisões: "(...) o que vale verificar é a *mens legis* e não a vontade, a mente do legislador, de que a lei se desprende para adquirir conteúdo próprio. Nenhuma dúvida, por outro lado, em que a lei reside na parte do mandamento do legislador e não na em que se expõem considerações e motivações. Essas apenas valem, relativamente, para a inteligência da lei, do texto que encerra a ordem, a regra de conduta. Valem apenas relativamente porque interpretar a lei não é indagar a vontade subjetiva do legislador, sendo o significado real e objetivo da norma (...)." (RE 2.010/DF, rel. min. OROSIMBO NONATO). "Na interpretação da lei prevalece a *mens legis* sobre a *mens legislatoris*. (RT 305/964, rel. min. AGUIAR DIAS)"

[17] ATALIBA, *op. cit.*, p. 205: "Na verdade, quem faz justiça é o político. O político é que, ao elaborar a lei, age de maneira justa ou injusta, oportuna ou inoportuna, conveniente ou inconveniente, econômica ou antieconômica. No momento em que o político (que não é jurista) determina qual a alíquota de um imposto; ao elaborar o enunciado normativo quando gradua determinada pena; nesse momento, o político, enquanto legislador, está realizando justiça (ou injustiça). Ele, portanto, é injusto ou justo, conforme disponha as normas genéricas e abstratas que lhe incumbe elaborar. Podemos qualificar o legislador (político) como justo ou injusto, pelo mérito das normas que edita."

[18] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Véras de. O artigo 22 da LINDB e os novos contornos do Direito Administrativo sancionador. Artigo publicado no periódico *on-line* Conjur. Edição de 25 de julho de 2018.

[19] OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Ativismo judicial, pragmatismo e capacidades institucionais: as novas tendências do controle judicial dos atos administrativos. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 10, n. 39, p. 9-36, out./dez. 2012.

> ta a interpretação jurídica por questões práticas; e (iii) o ***consequencialismo***, característica de acordo com a qual as decisões devem ser tomadas a partir de suas consequências práticas (olhar para o futuro, e não para o passado).

Dessa forma, pode-se perceber – no terceiro possível diálogo entre LINDB e processo legislativo – que (a) há um o antifundacionalismo, eis que, muitas vezes, o legislador ignora a existência de conceitos anteriores ou os altera livremente, adaptando-os às transformações sociais; (b) que sua atuação se dá dentro de contexto e de uma visão prática de buscar, com a lei, solver determinado problema, resolver determinado imbróglio ou preencher uma lacuna; (c) e, por fim, sendo ou não sendo importante, o legislador visa, com a sua proposição, a consequências concretas (mesmo que gerais, abstratas e vinculantes) para solver algo que clama uma regulação ou solução jurídicas pela via da atuação legislativa estatal, onde o consenso das partes não basta ou não se tem. Enfim, quer, repita-se, solução como consequência.

Portanto, não se pode, de todo, abandonar a intenção do legislador, eis que ele quer ser prático e o objeto da sua proposição ser consequencialista. Se a intenção ficou no passado, dentro da lei está o seu código genético e, portanto, deve-se extrair a interpretação contextual e consequencialista que ela deverá surtir. Aliás, a lei também guarda um caráter subsidiário, na medida em que[20]:

> (...) embora a competência para editar normas, no tocante à matéria, quase não conheça limites (universalidade da atividade legislativa), a atividade legislativa é, e deve continuar sendo, uma atividade subsidiária. Significa dizer que o exercício da atividade legislativa está submetido ao princípio da necessidade, isto é, que a promulgação de leis supérfluas ou iterativas configura abuso do poder de legislar. (...) As leis hão de ter, pois, um fundamento objetivo.

Aqui, serve a contento a lição de Diego Werneck Arguelhes[21], que traz ou nela subjaz, nas entrelinhas, uma hipotética sugestão de extração da vontade do legislador na ideia fixada na lei como vetor da interpretação e aplicação futuras:

> (...) em um regime de separação de poderes, o juiz tem o dever de obedecer às decisões do legislador, cujas decisões constituem o ordenamento jurídico. Logo, o juiz tem o dever de obedecer ao ordenamento jurídico. (...) Em um nível mais amplo, pode-se falar na obediência ao ordenamento de forma binária: ou se obedece ao Direito, ou não se obedece ao Direito. Uma decisão que não possa ser reconduzida ao ordenamento jurídico de alguma forma não honra este dever de obediência, por mais valiosa que essa decisão possa ser do ponto de vista econômico, político, filosófico, social etc. Assim, o

[20] MENDES, Gilmar. Questões Fundamentais de Técnica Legislativa. *In: Revista Trimestral de Direito Público* – 1. São Paulo: Editora Malheiros, 1993, p. 257.

[21] ARGUELHES, Diego Werneck. *Argumentos Consequencialistas e Estado de Direito: Subsídios para uma compatibilização. In*: XIV Encontro do Compedi. Fortaleza, 2005.

> dever de obediência ao ordenamento jurídico é definido de forma independente do valor que uma decisão ou outra possa ter sob pontos de vista não jurídicos. O fundamento da atribuição de caráter subsidiário aos argumentos consequencialistas não é outra coisa senão a adoção de uma exigência forte de obediência às decisões institucionais que formam o Direito vigente.

Observe-se bem a frase do autor: "o fundamento da atribuição de caráter subsidiário aos argumentos consequencialistas não é outra coisa senão a adoção de uma exigência forte de obediência às decisões institucionais que formam o Direito vigente".

Ora, quando se fala em obediência aos "argumentos consequencialistas e às decisões institucionais que formam o Direito vigente", com todo o respeito, não se pode negar que há uma soma de vontades institucionais que miram consequências jurídicas e políticas, uma vez que na separação de poderes não compete ao juiz produzir a lei, e, sim, ao legislador. Àquele compete produzir a norma que estabilizará a relação jurídica que lhe foi posta para solucionar, e essa norma será extraída da interpretação que se retira do conteúdo da lei. E dentro da lei há o conteúdo pensado no bem-estar, no valor, na justiça, elementos que, se não são à princípio e externamente consagrados pelo juiz, não deixam de estar presentes quando ele aplica a lei que os contêm. Há uma sequencialidade genético-legislativa na decisão do juiz que, somada à decisão do legislador, conformam a soma que Arguelhes sintetizou como "decisões institucionais que formam o Direito vigente".

Isso fica mais evidente quando Arguelhes diz que "a argumentação com base nas consequências pressupõe a adoção de algum critério para sua valoração; se quem avalia as consequências é o juiz, vinculado ao ordenamento jurídico, o que conta não são suas preferências, mas sim as preferências expressas nas normas." Cita Perelman para dizer, então, que a "atribuição de valor decisivo às consequências de um ato na argumentação prática *depende de um acordo entre os participantes do discurso, ainda que implícito*".

E o que está implícito, a *mens legislatori*? Ressalvada a possível majoritária voz contrária, não descarto a possibilidade de, *no conteúdo legal que está implícito*, sobreviva a vontade consequencialista do legislador, sua intenção, seu desejo e alcance da sua pretensão de regulação/solução a incidir no amplo meio social, destinatário primaz (senão único) dos destinos da lei.

É nesse encontro das águas dos rios que servem aos anseios sociais que devemos indagar: o processo legislativo atua como veículo do consequencialismo? Com isso, pode-se afirmar não o fim, mas o abrandamento do conflito entre *mens legislatori versus mens legis*?

A resposta à nossa indagação é, com o devido respeito aos justificáveis temores acadêmicos, afirmativa. Diga-se que esse temor, sob as luzes do citado princípio da necessidade, não deveria existir, pois se presume lógico e sensato que as leis sejam feitas para ter vida útil e produtiva no meio social e não para servir como mais um número a se decorar dentro de um infindável cipoal de regras, nem servir como via de transformação de tudo em lei, revivendo a mitologia do *Rei Midas*.

Tudo o que se pretende ver regulado deveria, pelo menos em tese, ser previamente pesquisado, pensado, discutido em saciedade com a sociedade, planejado. A lei não pode nem deve servir de método para a resolução de todos os (graves) problemas sociais e econômicos, como se em um lampejo pudesse ser estabelecido: "Artigo 1º - Fica decretado o fim da fome no Brasil; Artigo 2º - A miséria fica banida do território brasileiro."

Vem de Gilmar Mendes[22], mais uma vez, a crítica procedente sobre o fato de o processo de elaboração das espécies legislativas não atentar para as reais necessidades do que precisa ser, de fato, legislado e carecer de um planejamento legislativo adequado às efetivas áreas onde é imprescindível a existência de lei:

> A atividade legislativa não constitui um sistema linear e unidimensional no qual os atores procedem de forma previsível e planejada. Ao revés, a atividade legislativa é formada por um conjunto de interesses diferenciados e relações de força no complexo campo político. Embora os procedimentos atinentes à formação da lei estejam previstos de modo mais um menos detalhado na Constituição, não subsiste dúvida de que a metodologia empregada na elaboração das leis não observa, necessariamente, um programa definido. (...) Não obstante, muitas iniciativas, no plano legislativo, são determinadas por circunstâncias ou eventos imprevistos ou imprevisíveis, que exigem uma pronta ação do legislador. Assim a despeito de toda a boa vontade e organização, não se afigura possível, de forma absolutamente satisfatória, a ação legislativa. Deve-se concluir, pois, que a impossibilidade de um planejamento rigoroso da atividade legislativa acaba por fazer com que o desenvolvimento da lei dependa, não raras vezes, de impulsos isolados.

Daí, arremata e aponta, em tese, quais seriam as áreas que demandam a reserva da legalidade:

> Cumpre diferençar os impulsos de índole jurídica daqueles de caráter marcadamente político. Os primeiros decorrem, normalmente, de uma exigência expressamente estabelecida na Constituição, isto é, de um dever constitucional de legislar. Alguns exemplos de inequívocos deveres impostos ao legislador podem ser mencionados: a) CF, art. 5º, incisos XXIX e XXXII; b) CF, art. 7º, incisos I, IV e XI. (...) A decisão política de deflagrar o processo legislativo decorre, muitas vezes, de iniciativas de órgãos da sociedade civil.

As consequências de uma lei são, em algumas oportunidades, até previsíveis, como, por exemplo, quando elas provêm da iniciativa do Chefe do Poder Executivo, no exercício de direção da Administração Pública. Nesse caso, ele exerce as

[22] MENDES, Gilmar. Questões Fundamentais de Técnica Legislativa. *In: Revista Trimestral de Direito Público* – 1. São Paulo: Editora Malheiros, 1993.

prerrogativas do art. 61, § 1º, da Constituição Federal.[23] A despeito de serem leis vinculantes, há um alto grau de concretude nas leis voltadas para o manejo da Administração Pública, com um nítido abrandamento da generalidade e abstração. Entretanto, em outras oportunidades, quando as leis sobrecarregam-se de um alto grau de generalidade e abstração, como as leis civis, penais, trabalhistas, processuais, consumeristas, tributárias e algumas administrativas, o alcance objetivo e subjetivo, bem como, os resultados serão obtidos na rotina das múltiplas relações intersubjetivas e na submissão de relações jurídicas ao crivo das autoridades administrativas e, especialmente, das autoridades judiciárias, quando, então, serão submetidas a um processo metodológico de interpretação, integração e aplicação.

Em todo o caso, seja para qual oportunidade a lei se destinar, mister seria que houvesse um mínimo de planejamento legislativo, com a finalidade de traçar o alcance, os objetivos, as pessoas, a amplitude, as restrições e limites, as regras de transição etc., ou, como diz Gilmar Mendes[24], "fixar planos para a elaboração legislativa, como ocorre, normalmente, nos planos de governo, nos quais se estabelecem as diretrizes para a legislatura vindoura". Aliás, o controle das consequências e das decisões institucionais passariam a deter uma racionalidade muito mais próxima do princípio da segurança jurídica.

Essa já é realidade, pelo menos no âmbito da União. O Decreto nº 9.191/2017 estabelece as normas e as diretrizes para elaboração, redação, alteração, consolidação e encaminhamento de propostas de atos normativos ao presidente da República pelos ministros de Estado. Vê-se que o decreto não fixa tão somente as normas de técnica legislativa, mas, também, as diretrizes, que são os esboços e as linhas gerais que a proposição legislativa deve atingir. Ressalta, aí, a importância de atendimento ao art. 13 desse decreto, que dispõe: "A elaboração de atos normativos observará o disposto no Anexo."

O que diz o Anexo? O Anexo elenca uma série de diretrizes voltadas para a preparação da proposição legislativa, mas com indiscutíveis reflexos para o processo

[23] Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao procurador-geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição. § 1º São de iniciativa privativa do presidente da República as leis que: I - 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. No caso do Estado de São Paulo, a Constituição estadual fixa essa iniciativa do governador do Estado nos artigos 24, § 2º , e 47, XI.

[24] MENDES, Gilmar. Questões Fundamentais de Técnica Legislativa. *In: Revista Trimestral de Direito Público* – 1. São Paulo: Editora Malheiros, 1993, p. 18.

legislativo e para a fase pós-processual, quando a norma é positivada. É denominado "Questões a Serem Analisadas Quando da Elaboração de Atos Normativos no Âmbito do Poder Executivo Federal". Deverão ser analisados os seguintes aspectos, listados em forma de indagações: diagnósticos, alternativas, competência legislativa, necessidade de lei, reserva legal, norma temporária, medida provisória, oportunidade do ato normativo, densidade do ato normativo, direitos fundamentais, norma penal, norma tributária, norma de regulação profissional, compreensão do ato normativo, exequibilidade, análise de custos envolvidos, simplificação administrativa, prazo de vigência e de adaptação e avaliação de resultados.

Em pelo menos três desses aspectos, há expressa previsão a respeito das consequências do ato normativo a ser produzido:

– no diagnóstico há a seguinte indagação: "O que poderá acontecer se nada for feito? (Exemplo: o problema se agravará? Permanecerá estável? Poderá ser superado pela própria dinâmica social, sem a intervenção do Estado? Com que consequências?)";

– nas alternativas há a seguinte indagação: "Quais instrumentos de ação parecem adequados, considerando-se os seguintes aspectos: efeitos colaterais e outras consequências"; e

– na norma tributária há a seguinte indagação: "Há definição clara de todos os elementos da obrigação tributária? Qual a hipótese de incidência, a base de cálculo, o sujeito passivo e as consequências no caso de não pagamento ou de pagamento em atraso?"

Em outros aspectos, há referência indireta às consequências: análise de custos envolvidos e avaliação de resultados, o que denota, também, a presença do caráter pragmático na elaboração do ato normativo.

Um dos idealizadores dessa lista de questões, Gilmar Mendes[25] salienta a importância do controle posterior, quando a norma irradia seus jurídicos e próprios efeitos:

> A metodologia empregada para obtenção da decisão legislativa estaria incompleta se entendêssemos que a tarefa do legislador se encerra com a edição do ato normativo. Uma planificação mais rigorosa do processo de elaboração legislativa exige um cuidadoso controle das diversas consequências produzidas pelo novo ato normativo.

Portanto, fica patente o destaque que as consequências poderão trazer a reboque da edição de um novo ato normativo, bem como fica definitivamente ilustrada importância do consequencialismo e do pragmatismo tanto no processo administrativo

[25] MENDES, Gilmar, *op. cit.*, p. 23.

de preparação dos atos legislativos quanto no processo legislativo propriamente dito. Fica patente, também, o vislumbre do *quarto diálogo* entre LINDB e processo legislativo.

Isso deveria acarretar a mudança de enfoque no tratamento da *mens legislatoris*, na firmação da intenção do legislador. Essa autoridade pública se preocupa, sim, com as consequências dos seus anseios políticos ao querer transformá-los em lei. Junto aos juízes e às autoridades administrativas, os legisladores concorrem para formar uma decisão institucional que terá efeito vinculante/obrigatório; deverá ser estendida genericamente a todos que sejam alcançados pela respectiva regra-matriz e deve se movimentar ante um ato concreto, pela autoridade judiciária, que é o intermediário entre a norma e a vida ou o instrumento pelo qual a norma abstrata se transforma numa disposição concreta, ocorrendo o fenômeno da subsunção[26].

A revisão do embate *mens legislatori* versus *mens legis* ganha um novo capítulo com a entrada em vigor da Lei nº 13.655/18 e faz que, ante todo o estudo que aqui tecemos, possamos indagar: a Lei nº 13.655/18 se aplica ao processo legislativo?

5. A LEI Nº 13.655/18 SE APLICA AO PROCESSO LEGISLATIVO? UMA (POSSÍVEL) RESPOSTA

Em primeira e rápida abordagem da Lei nº 13.655/18 diríamos, sem pestanejar: essa lei não dialoga com o processo legislativo. Trata-se, claramente, de lei voltada às autoridades administrativas, judiciárias e controladoras, sujeitos onde não identificamos a figura da autoridade legislativa.

Ocorre que a interpretação da lei exige método para se extrair dela, a norma a incidir no caso concreto. Esse método vale-se de instrumentos de aproximação e identificação da intenção da lei. Temos, assim, os quatro elementos tradicionais de interpretação jurídica: a interpretação gramatical ou semântica, a interpretação histórica ou autêntica, a interpretação teleológica e a interpretação sistemática. É, pois, por meio desse último instrumento, que interpreta a lei como um sistema coeso e contextual, que procuraremos dar sequência a uma possível resposta à indagação supraformulada.

Segundo Luís Roberto Barroso (MS nº 32.326):

> um sistema pressupõe unidade e harmonia. A interpretação sistemática situa o dispositivo a ser interpretado dentro do contexto normativo geral e particular, estabelecendo a conexão própria com outras normas, de modo a evitar contradições e antinomias.

Sob as luzes dessa unidade e harmonia, pudemos estabelecer, linhas atrás, algumas correspondências entre a LINDB e as regras de técnica legislativa. Passeando pela consensualidade, pudemos verificar que o ato normativo é fruto da convergência de propósitos. Por sua vez, ao passarmos pelo campo da consequencialidade

[26] DINIZ, *op. cit.*, p. 7.

enfeixada nas mãos do legislador, pudemos perceber que as consequências e o pragmatismo têm morada, também, na atividade legislativa, porque o legislador quer que sua proposição surta os efeitos por ele almejados no meio social.

Premiados com essas assertivas, podemos, com a devida vênia, dizer: sim, a Lei nº 13.655/2018 mantém amplo e saudável diálogo com o processo legislativo. Se não em sua inteireza, pelo menos em sua proposta de meio e fim. Vejamos:

1) Primeiramente, a ementa já revela uma vinculação entre a Lei nº 13.655/18 e a produção de futuros atos normativos de natureza pública, uma vez que ela inclui na Lei de Introdução às Normas ao Direito Brasileiro disposições sobre segurança jurídica e eficiência na *criação* e na aplicação do direito público. Os atos de criar e de inovar o ordenamento jurídico são típicos efeitos desejados pelo legislador. Daí que, todas as vezes em que normas de Direito Público forem pensadas, planejadas (vide Decreto nº 9.191/17) e produzidas deverão atender às disposições constantes na Lei nº 13.655/2018, eis que essa exige, obrigatoriamente, que se atenda aos princípios da eficiência e da segurança jurídica inclusive quando essas normas públicas forem gestadas e não mais somente aplicadas. Eis, por que não, o *quinto diálogo*.

2) Em segundo lugar, as disposições finais e, sobretudo, as transitórias, conforme vimos nas regras de técnica legislativa, deverão mirar seu olhar e absorver o mandamento contido no art. 23 da LINDB[27] atualizada. Concordamos que aqui o legislador disse menos do que queria dizer, mas em diálogo com a Lei Complementar nº 95 é inafastável a previsão de regime de transição em todo e qualquer ato normativo, inclusive, e com toda a razão, nas propostas de Emenda à Constituição, para fins de suavizar a passagem de um ordenamento jurídico existente e irradiador de efeitos, eis que produzido sob o signo da segurança e da confiança jurídicas (ato jurídico perfeito e direito adquirido). Sem sombra de dúvidas, esse pode ser considerado o *sexto diálogo* entre LINDB e processo legislativo.

3) Em terceiro lugar, na forma do *sétimo diálogo* entre LINDB e processo legislativo, é dever do legislador consagrar segurança jurídica em suas manifestações legislativas, traduzidas nas espécies legislativas. Essa consagração tornou-se evidente e explícita, inclusive expressamente, para o legislador, quando, na generalidade de autoridades do art. 30 da LINDB atualizada, diz que "as autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas." Sem dúvida, o legislador, ocupante de cargo público eletivo, insere-se no conceito de autoridade pública.

[27] Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

4) Por fim, o *oitavo diálogo* entre LINDB e processo legislativo: o legislador é, também, autoridade controladora, porque a atividade fiscalizatória do Poder Legislativo encontra-se, com a Constituição Federal de 1988, no mesmo nível da atividade legislativa. É o que prescreve o art. 70[28] da CF:

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.

Há, como reflexo da atividade fiscalizatória, um ricochete na atividade legislativa, pois a) compete ao legislador aprovar as contas do chefe do Executivo pela via da espécie legislativa denominada decreto legislativo e b) caso o Poder Executivo exorbite do seu poder regulamentar, poderá o Poder Legislativo, também pela via do decreto legislativo, sustar esses atos normativos exorbitantes.

CONCLUSÃO

A problemática que propusemos explorar, fundada na possível aplicação das disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público no campo do processo legislativo, visou a demonstrar todo um *iter* de contatos entre as novas normas sobre segurança jurídica e o processo de elaboração de normas, comumente denominado de processo legislativo. A nossa conclusão é a de que há, sim, uma relação, conquanto silenciosa, mas substancial, entre a Lei nº 13.655/2018 e o processo legislativo. Os diálogos que demonstramos são indícios concretos dessa relação. Aliás, enfocamos esses diálogos em não poucos pontos, pelo menos oito deles que, se não se esgotam, introduzem, instigam a demandar novos estudos, ampliando ou até reduzindo essa relação de complementariedade.

A Lei nº 13.655/2018 pode, no primeiro momento de olhar mais afoito, até não se aplicar *diretamente* ao processo legislativo, mas, reclama uma *pré* observação obrigatória, uma verdadeira conversa entre as fontes legais-instrumentais – diálogo esse concernente à seara do processo legislativo, temperado pela técnica legislativa –, mormente para a produção de normas de Direito Público.

Identificamos, pois, um conjunto de diálogos aos quais chamamos *diálogos preparatórios de positivação.* Esses diálogos preparatórios de positivação ocorrem, em especial, nos elementos e momentos condizentes à *vigência, revogação, conhecimento, aplicação e efeitos/transição/segurança jurídica,* mas que são manejados desde o processo de formação da futura norma jurídica. A não observância desses diálogos preparatórios pode engendrar uma possível nulificação da produção legislativa? Não temos

[28] O equivalente na Constituição de São Paulo é o artigo 32.

essa resposta pronta e acabada, mas, por exemplo, se esticarmos a compreensão de devido processo legal no âmbito do processo legislativo, pode-se, em tese, questionar a validade da norma em caso de inobservância formal das regras procedimentais de elaboração legislativa.

Salientamos: trata-se de estudo introdutório, que pretende deflagrar o começo de estudos mais pormenorizados a respeito da íntima proximidade entre normas sobre segurança jurídica, normas de *sobredireito* e normas sobre processo legislativo. Aliás, é extremamente válida e verdadeira a colocação de Tércio Ferraz Sampaio Jr.[29], em sua *Introdução ao Estudo do Direito:* "Uma Introdução é apenas uma abertura, que deve levar-nos a ampliar nosso universo e nunca a reduzi-lo a esquemas simplificados. Um livro de Introdução é, pois, somente um roteiro, nunca uma obra acabada."

A lei, como dissemos, é fruto do consenso que surge durante o debate político. A deliberação do Poder Legislativo, fundada nos princípios da colegialidade e da soberania do plenário, demanda alto grau de consensualidade, que se resume na convergência de escolhas para que as demandas tenham fluidez, caminho e fim, mas sempre com lastro no princípio-vetor da segurança jurídica, como medida de atendimento tanto das expectativas populares quanto das determinações oriundas do Estado Democrático e Constitucional de Direito.

[29] SAMPAIO JR. Tércio Ferraz. *Introdução ao Estudo do Direito.* São Paulo: GEN/Atlas, 2015, p. 2.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 7. ed., ampliada e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

ARGUELHES, Diego Werneck. *Argumentos Consequencialistas e Estado de Direito: Subsídios para uma compatibilização. In*: XIV Encontro do Compedi. Fortaleza, 2005.

ATALIBA, Geraldo. Justiça Formal, Justiça Substancial e Traços Diferenciais entre Ciência das Finanças e Direito Financeiro, *Revista de Direito Público,* n. 7, jan./mar. 1969. São Paulo: RT, 1969.

BARROSO, Luís Roberto. Decisão monocrática lançada no MS n. 32.326. Sítio eletrônico do STF. Disponível em: <www.stf.jus.br>.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada.* 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

SAMPAIO JR. Tércio Ferraz. *Introdução ao Estudo do Direito.* São Paulo: GEN/Atlas, 2015.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 7. ed. refundida do Ensaio e Discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros: 2016.

KELSEN, Hans/Gavazzi, Giacomo. *A Democracia.* São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo e FREITAS, Rafael Véras de. O artigo 22 da LINDB e os novos contornos do Direito Administrativo sancionador. Artigo publicado no periódico *on-line* Conjur. Edição de 25 de julho de 2018.

MENDES, Gilmar. Questões Fundamentais de Técnica Legislativa. *In: Revista Trimestral de Direito Público* – 1. São Paulo: Malheiros, 1993.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Ativismo judicial, pragmatismo e capacidades institucionais: as novas tendências do controle judicial dos atos administrativos, *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 10, n. 39, out./dez. 2012.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito.* 17. ed., revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1990.

SUNDFELD, Carlos Ari. LINDB: Direito Tributário está sujeito à Lei de Introdução reformada - Qual o âmbito de incidência dos novos dispositivos? *In:* periódico *on-line Jota*, edição de 10/8/2018.

TROPER, Michel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003.

ATUAÇÃO DA ADVOCACIA PÚBLICA NO CONTROLE CONSENSUAL

Public Advocacy performance in consensual control

Felipe Sordi Macedo[1]

SUMÁRIO Introdução. 1. Do controle administrativo. 2. A consensualidade como novo modelo de controle administrativo. 2.1. O controle externo e a celebração de Termos de Ajustamento de Condutas pelos Tribunais de Contas. 2.2. O controle interno da Administração Pública e a celebração de Termos de Ajustamento de Condutas e de Gestão. 2.3. Mecanismos consensuais no controle judicial da Administração Pública. 3. Atuação funcional da Advocacia Pública no controle consensual. Conclusão. Referências.

RESUMO O artigo analisa o consensualismo como novo modelo de controle administrativo, em que é dada primazia a soluções negociadas e bilaterais com o intento de alcançar o pretendido resultado das políticas públicas. O consensualismo surge como exigência do princípio da eficiência da administração pública, em que a busca por resultados eficazes tem preferência em relação à mera aplicação de sanção do modelo de controle burocrático. Contudo, nem sempre a adoção do modelo consensual pode se mostrar eficaz ao alcance pretendido, de modo que a atuação da Advocacia Pública como função essencial à Justiça mostra-se sobremaneira importante, a possibilitar ao gestor a escolha da melhor opção de controle do ato diante da situação concreta em análise.

Palavras-chave: Controle da Administração Pública. Consensualismo. Eficiência. Resultado. Termo de ajuste. Advocacia Pública.

ABSTRACT The article analyzes consensualism as a new model of administrative control, in which negotiated and bilateral solutions are given priority in order to achieve the desired result of public policies. Requirement of the principle of efficiency of Public Administration, in which the search for effective results has the preference in relation to the mere application of sanction of the bureaucratic control model. However, the adoption of a consensual model can not always be effective to the intended scope, so that the performance of Public Advocacy as an essential function of Justice is especially important, to enable the manager to choose the best option to control the act of the actual situation under analysis.

Keywords: Control of Public Administration. Consensualism. Efficiency. Result. Adjustment term. Public advocacy.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo expor o contexto que levou à recente novidade legislativa na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, por meio da Lei

[1] Bacharel em Direito (UFSC), pós-graduado em Direito Público (Uniderp/LFG). Procurador do Estado de São Paulo, exercendo a função de chefe do Contencioso-Geral da Seccional de Mogi das Cruzes, na Procuradoria Regional da Grande São Paulo. Artigo oferecido como avaliação final do curso de extensão "Consensualidade, Consequencialismo e Controle das Decisões", oferecido pela Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo.

nº 13.655, de 25 de abril de 2018, prestigiando um novo modelo para o controle da Administração Pública, pautado no consensualismo em que se sobressaem mecanismos bilaterais, soluções negociadas, a fim de alcançar o resultado previsto da política pública em execução. Dado que o modelo de controle burocrático, baseado na aplicação de sanções aos controlados, nem sempre se mostrou eficaz ao alcance de resultados pretendidos, a opção pelo controle consensual exsurge como tentativa de verdadeira concretização do princípio constitucional da eficiência da Administração Pública, que preza sobretudo pelo alcance de resultados.

Dessa forma, com a consagração do modelo de controle consensual, necessário estudar os instrumentos postos para a operacionalização desse novo modo de atuação, de modo que os Termos de Ajuste de Conduta ou de Gestão vêm sendo amplamente utilizados pelos órgãos de controle externo na busca de adequação de atos irregulares que permitem a sanatória e o verdadeiro alcance de resultados pretendidos. No controle interno tais termos também são utilizados como meio à perseguição da eficiência. Outrossim, no controle judicial da Administração Pública, as alternativas consensuais são cada vez mais positivadas.

Em meio a críticas e dúvidas decorrentes da aplicação de um novo modo de atuação, a Advocacia Pública, como função essencial à justiça que é, deve avalizar ao gestor público a escolha da opção de controle que melhor se adéque ao caso concreto, eis que nem todas as situações que se apresentam permitem a adoção do modelo consensual.

1. DO CONTROLE ADMINISTRATIVO

No desempenho das funções administrativas, a Administração Pública, regida pelos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, *caput*, CRFB/1988), submete-se ao controle interno e externo no tocante à verificação de seus atos e atividades. Controle esse que pode ser conceituado como um concomitante poder e dever de verificação e correção dos atos expedidos e das atividades exercidas pela Administração por órgãos internos ou externos, com o fim de aferir a observância das normas e princípios de regência, a concretização e o resultado esperado dos atos e ações administrativas.

Os entes administrativos estão assim compelidos ao escorreito cumprimento dos princípios e das regras jurídicas e, para tanto, em um contexto de administração pública burocrática estabeleceu-se em nossa tradição jurídica a primazia ao controle punitivo, subsequente, corretivo ou *a posteriori*, embora a doutrina tradicional classifique também o controle administrativo – quanto ao momento – em prévio, preventivo ou *a priori* e também em controle concomitante ou sucessivo.

Conforme Maria Silvia Zanella Di Pietro,[2] o controle tem por finalidade:

> [...] assegurar que a Administração atue em consonância com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico, como os da legalidade, moralidade, finalidade pública, publicidade, motivação, impessoalidade. [...] o controle constitui poder-dever dos órgãos que a lei atribui essa função, precisamente pela sua finalidade corretiva; ele não pode ser renunciado nem retardado, sob pena de responsabilidade de quem se omitiu.

Tem-se assim um paradigma da administração pública burocrática, calcado em positivismo exegético, representado instrumentalmente no controle punitivo, de forma a perseguir fidedignamente os procedimentos traçados por regulamentos organizacionais. O descumprimento desses preceitos redundará no enfoque à condenação do autor de eventual irregularidade cometida (controle *posteriori*) ao ressarcimento do dano, contudo, tal método demonstrou não ser eficiente a proteger a sociedade das más práticas de gestão.

Pari passu, diante do amplo espectro de atribuições e deveres da Administração Pública perante a sociedade, suprindo anseios comuns de saúde, educação, segurança, assistência social, previdência, entre outros, regulados pelas correspondentes normas jurídicas de regência, passou-se também a exigir uma revisitação do direito administrativo e de seu modelo de atuação como um todo, marcado pela tentativa de implantação de uma administração gerencial, e que repercutiu na inclusão da eficiência como um dos princípios constitucionais na administração pública (atividade administrativa), conforme a Emenda Constitucional nº 19/1998. A eficiência, como princípio constitucional, passou a vincular a atividade administrativa a ser exercida com presteza, perfeição e maior rendimento.

Consequência dessa transformação do Direito Administrativo, no que atine ao controle da administração pública, em face da já mencionada ineficiência ou até mesmo na ausência de resultados práticos no controle punitivo aplicado, ocorre a necessidade de aproximação entre os fatos e realidade inserida e as normas de controle. Para tanto, é necessário superar, em certa parte, o paradigma do controle por si só a culminar na aplicação de alguma sanção, o que, ao longo do tempo pode ter contribuído para o engessamento da Administração Pública, e adotar mecanismos de controle consensual, com objetivos resolutivos e pragmáticos.

É nesse contexto que, após transcorridos praticamente 20 anos da promulgação da Emenda Constitucional nº 19/1998 e a consagração do princípio da eficiência, o acréscimo legislativo nas Leis de Introdução ao Direito Brasileiro, doravante apenas LINDB, por meio da Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, prestigiou no direito positivo pátrio modelo de controle consensual da administração pública, legitimando mecanismos bilaterais que dão primazia a noções de consensualidade e com atenção às consequências práticas na tomada de decisões.

[2] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 622-623.

Abre-se, assim, uma importante base legal para a composição administrativa em matéria de controle administrativo.

Veja-se o que dispõem os artigos 20, 26 e 27, acrescidos à LINDB:

> Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.
>
> Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.
>
> [...]
>
> Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.
>
> § 1º O compromisso referido no caput deste artigo:
>
> I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;
>
> II – (Vetado);
>
> III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral;
>
> IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.
>
> § 2º (Vetado).
>
> Art. 27. A decisão do processo, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, poderá impor compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos.
>
> § 1º. A decisão sobre a compensação será motivada, ouvidas previamente as partes sobre seu cabimento, sua forma e, se for o caso, seu valor.
>
> § 2º. Para prevenir ou regular a compensação, poderá ser celebrado compromisso processual entre os envolvidos[3].

Essa mudança de paradigma no ramo do direito público motiva-se pelo desenvolvimento e a própria transformação dos modelos jurídicos e filosóficos (liberal, social, regulatório, neoliberal) e, ainda, as crises institucionais e econômicas vivenciadas, levando o legislador a tomar outras opções a par do *paralisismo* provocado pelo modelo

[3] BRASIL. Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. Inclui no Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público, Brasília, DF, abril 2018.

de controle em aplicação. Gestores e agentes públicos com o dever de executar políticas públicas alegam uma verdadeira cultura de medo arraigada na atuação funcional dos agentes da Administração Pública, argumentando sobreposição desproporcional do controle ante a gestão. Assevera Luciano Ferraz:

> Na lógica do controle-sanção não há meio-termo: ou a conduta é conforme as regras e procedimentos ou não é. No segundo caso, o sujeito deverá ser penalizado, independentemente das circunstâncias práticas por ele vivenciadas na ocasião e das consequências futuras, às vezes negativas para o próprio funcionamento da máquina administrativa e quiçá à perspectiva de justiça inerente ao Direito na modernidade[4].

A novidade legislativa posta no artigo 20 da LINDB exsurge para prestigiar certo equilíbrio entre a função dever de controle e as necessidades urgentes de resolução de problemas que enfrentam os gestores diuturnamente. Na linha do consequencialismo, o controle transmuda-se da sua roupagem burocrático/sancionatória para materializar-se em controle por resultados, ou seja, a prestação de contas pelos agentes públicos, em termos de resultados e de conformidade, aproximando-se ao que no direito privado denomina-se *accountability*.

A teoria do controle sancionatório decorre da própria tradição jurídico cultural romano-germânica em que se baseou o processo de formação institucional da nação, sendo que, na esfera direito público pátrio, a grande influência é da escola francesa do Direito Administrativo. Em suma, pelo pensamento francês, os poderes administrativos do Estado encontram-se em relação de verticalidade diante do cidadão comum, tanto assim seus atos contam com os seguintes atributos: presunção de legitimidade, imperatividade, autoexecutoriedade. Já no direito anglo-saxão, a cultura jurídica é marcada pela horizontalidade da Administração Pública em relação ao particular. Os órgãos e agentes da Administração Pública comungam e submetem-se ao direito comum, via de regra não dispondo de privilégios ou de prerrogativas de autoridade pública, de forma que a consensualidade envolvendo a Administração Pública não enfrenta tantas resistências teóricas, por consequência, o próprio controle enfatiza o diálogo em atenção às consequências práticas e a busca por resultados.

2. A CONSENSUALIDADE COMO NOVO MODELO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO

2.1. O controle externo e a celebração de Termos de Ajustamento de Condutas pelos Tribunais de Contas

A alteração legislativa mencionada, com a inclusão dos citados artigos 26 e 27 da LINDB, reforça o modelo de controle consensual na Administração Pública

[4] FERRAZ, Luciano. Termo de Ajustamento de Gestão (TAG): do sonho à realidade. *Revista Brasileira de Direito Público*, v. 8, nº 31, 2010, p. 46.

como nova opção em relação ao controle-sanção, permitindo o fortalecimento de instrumentos que esparsamente já se encontravam em utilização. Atrai-se, assim, segurança jurídica para o estabelecimento de mecanismos bilaterais em alternativa à vertente sancionatória para prestigiar a solução pacífica e negociada das controvérsias, não à toa, a alcunha da nova LINDB é Lei da Segurança para a Inovação Pública.

O controle consensual em prestígio ao princípio constitucional da eficiência visa também à concretização do interesse público, por meio da cooperação negociada entre os celebrantes do acordo, de modo que suscite entre as partes envolvidas o entusiasmo e o desejo de colaboração e assim sejam alcançados os resultados pretendidos. Isso sempre com o devido respeito à transparência na atuação administrativa.

Da análise do citado artigo 26, abre-se margem a uma ampla dimensão de instrumentos colocados à disposição pela lei interpretativa, a serem ratificados pelo legislador, à medida do permissivo concedido para a celebração de "compromissos com os interessados", aptos a pôr fim a controvérsias jurídicas e interpretativas, mediante solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais.

Como exemplo de instrumentos que se encaixam no modelo proposto pelo acréscimo na LINDB, tem-se, no âmbito do controle externo efetuado pelos Tribunais de Contas, os chamados Termos de Ajustamento de Gestão ou de Conduta, conforme a denominação adotada pela regulamentação interna de cada órgão controlador, doravante apenas TAGs.

A função principal dos Tribunais de Contas no que tange ao controle externo dos atos administrativos é o julgamento das contas dos administradores públicos, determinando prazos para que as irregularidades encontradas sejam sanadas. Em breve síntese, no julgamento de contas de seus jurisdicionados, a casa de contas do ente respectivo pode julgar a prestação de contas como regular, regular com ressalvas ou irregular.

> Em apertada síntese, regulares são as contas que expressam a exatidão dos demonstrativos contábeis, a economicidade e a legalidade dos atos da gestão responsável (*ibidem*, p. 164); regulares com ressalvas são as contas que evidenciam "impropriedade ou qualquer falta de natureza formal de que não resulte danos ao erário" (*ibidem*, p. 164); e irregulares são as contas em que foi comprovada omissão, ilegalidade, ausência de economicidade, infração à norma contábil ou financeira (*ibidem*, p. 164). Ainda, no caso de irregularidade das contas há a possibilidade de imputação de débito ou multa, que terão eficácia de título executivo (*ibidem*, p. 165)[5].

Surge assim o TAG como proposta alternativa ao punitivismo das penalidades administrativas, com a pretensão de inaugurar uma lógica de consenso no

[5] TEIXEIRA, Alan José de Oliveira. O Termo de Ajustamento de Gestão no controle eficiente da Administração Pública. *Revista Controle*, Fortaleza, v. 15, nº 2, p. 235-258, jul./dez. 2017. Disponível em: <http://arnsdeoliveira.adv.br/artigos/o-termo-de-ajustamento-de-gestao-no-controle-eficiente-da-administracao-publica/>. Acesso em 13/12/2018.

controle exercido por esses tribunais, sempre que não se mostre necessária a pronta aplicação do poder coercitivo. O TAG, ressalta-se, deve estar fora do escopo de aplicação nas hipóteses em que esteja configurado o desvio de recursos públicos e nos casos de processo com decisão definitiva irrecorrível, guardando observância ao princípio da moralidade administrativa.

Melhor conceituando, o TAG pode ser definido como um acordo de vontades entre o jurisdicionado controlado e a corte controladora, diante da constatação de irregularidades, sejam de ordem jurídicas ou fáticas, que levariam à aplicação de sanção. Em substituição a essa imperatividade, pactuam-se objetivos a serem cumpridos, correção de rumos a serem implementados em determinado espaço de tempo, com a retificação da irregularidade, para que o ato possa ser considerado regular. Nesse período, suspende-se a aplicação de penalidades ou sanções, com monitoramento pelos órgãos técnicos do Tribunal. Somente a hipótese de novo descumprimento, resultaria na cominação.

> [o TAG] afina-se com a moderna tendência da Administração Pública e do Direito Administrativo, menos autoritários e mais convencionais, imbuídos do espírito de ser a consensualidade alternativa preferível à imperatividade, sempre que possível [...] sempre que não seja necessário aplicar o poder coercitivo.[6]

Esse instrumento de gestão, assim, pauta-se pelos princípios da consensualidade, voluntariedade e da boa-fé, ou seja, que os conflitos com a administração se resolvam pelo consenso, de forma livre e voluntária pelos acordantes, imbuídos do requisito subjetivo da boa-fé, a conduta proba dos pactuantes. Instrumento que visa concretizar o princípio da eficiência insculpido no texto constitucional, a segunda chance representada pelo TAG justifica-se à medida que o controle sancionatório por si só – ao longo do tempo – demonstrou-se não ser capaz de realizar o interesse público pretendido que é a eficiente execução da política pública com a consecução dos resultados pretendidos. Não se verificam melhorias na execução dessas políticas simplesmente pelo fato de gestores serem punidos e efetuado o pagamento das multas impostas.

O TAG, por sua vez, preconiza a entrega do resultado final do produto (*accountability*), o que é o próprio interesse público pretendido pela lei, valendo-se da análise do consequencialismo jurídico e fático ocorrido no âmbito da execução, para que seja alcançado o acordo entre as partes que culmine no escorreito cumprimento do resultado que fora planejado. Subsistindo o descumprimento permanece a possibilidade de aplicação de penalidades administrativas ou até mesmo a adaptação do acordo por

[6] FERRAZ, Luciano. Termo de Ajustamento de Gestão e o alerta previsto no art. 59, § 1º, da Lei de Responsabilidade Fiscal: dez anos depois. *Revista Técnica dos Tribunais de Contas*, Belo Horizonte, ano 1, nº 0, p. 205-214, set. 2010.

meio de termos aditivos, tudo conforme criteriosa análise do caso concreto. É, portanto, uma alternativa negociada que convirja ao atendimento do interesse público.

Importante frisar que ao celebrar um TAG, o gestor responsável acaba por assumir que a irregularidade constatada, de fato, existiu, eliminando qualquer argumentação caso ocorra a necessidade de aplicar a sanção. A diferença, no caso da opção da celebração negociada e consensual por meio de uma solução conjunta é que se afasta, por ora, um ato unilateral de imposição de alguma coerção para procurar alcançar o resultado pretendido.

Ao firmar um TAG, o proponente não tutela um interesse próprio, mas sim um interesse indisponível, pertencente a toda a coletividade. A transação deve ocorrer nos limites do ato normativo regulamentar já previamente estabelecido pelo proponente. O objeto do acordo não abrange o direito em si, mas seu conteúdo abrangerá novas estipulações relativas às condições de tempo, lugar e modo para a consecução do resultado pretendido, respeitando a discricionariedade do gestor na escolha das alternativas legítimas para que ocorra o efetivo atendimento do interesse público.

Vale dizer que a opção pelo TAG deve conter limites, sendo que as regulamentações já existentes no âmbito das cortes de contas que já adotam esse novo instrumento vedam, modo geral, a pactuação do acordo nas hipóteses em que o ato irregular configurou-se em ato doloso de improbidade administrativa, desvio de recursos públicos, quando implicou renúncia de receitas, decisão irrecorrível sobre ato ou fato impugnado, redução dos percentuais mínimos de investimentos nas áreas de saúde e educação.

Em artigo na Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Antônio França da Costa[7] compilou algumas das limitações existentes, regulamentadas pelos Tribunais:

> Nas leis orgânicas citadas, os tribunais de contas trazem expressamente os seguintes limites ao TAG: • TCE-SE: não pode implicar renúncia de receitas; não pode ser celebrado quando configurar ato doloso de improbidade administrativa; • TCE-MG: não pode ser celebrado nos casos em que esteja previamente configurado desvio de recursos públicos e nos casos de processo com decisão irrecorrível; não pode retroagir se resultar no desfazimento de atos administrativos ampliativos de direitos, salvo comprovada má-fé; • TCE-RN: não cabe a celebração do TAG para os casos em que ficar configurado ato doloso de improbidade administrativa; • TCE-MT: não cabe a celebração de TAG quando a situação configurar ato doloso de improbidade administrativa; ajustamento que implique renúncia de receita e casos em que já houver decisão irrecorrível sobre o ato ou fato impugnado; •TCE-AM: situação que configure indícios de improbidade administrativa; existência de processo com decisão definitiva irrecorrível; implicação de renúncia de receita, com a ressalva

[7] DA COSTA, França Antônio. Termo de Ajustamento de Gestão: busca consensual de acerto na gestão pública. *Revista TCEMG*, jul./ago./set. 2014, p. 29. Disponível em: <http://revista1.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/2824.pdf>. Acesso em 15/12/2018.

das multas aplicadas pelo Tribunal e implicação de redução dos percentuais constitucionais mínimos de investimento nas áreas de saúde e educação.

O Tribunal de Contas da União (TCU), na última reforma do seu regimento interno, Resolução nº 246, de 30/11/2011, ainda não incorporou os TAGs ao seu ordenamento, mas passou a admiti-los[8], conforme se infere do Acórdão nº 2.121/17 – relatado pelo ministro Bruno Dantas e tratado pelo próprio Tribunal como ***leading case*** –, bem ainda do Acórdão nº 1.707/2017 (Plenário, rel. min. Augusto Nardes) e do Acórdão 393/2018 (Plenário, rel. min. Augusto Nardes).

2.2. *O controle interno da Administração Pública e a celebração de Termos de Ajustamento de Condutas e de Gestão*

O controle interno da Administração Pública também pode ser chamado de controle horizontal à medida que – diversamente do controle externo – oportuniza a conformação legal dos atos, com a efetivação de ajustes antes que eventuais efeitos nocivos já tenham ocorrido. Representa, assim, uma atuação proativa da Administração Pública, a fim de verificar e corrigir seus próprios atos, punir seus infratores, a fim de viabilizar plenamente o exercício das políticas públicas por si próprias planejadas.

Consagrado na doutrina, na própria legislação e no conhecido verbete sumular do Supremo Tribunal Federal com o Enunciado nº 473[9], como reconhecida prerrogativa da Administração Pública, o controle interno também é um típico mecanismo consensual, que pode ser formalizado por meio de TAGs. Esses também têm sido adotados com bastante frequência em sede de fiscalização de serviços concedidos como, por exemplo, energia elétrica, telefonia, transportes e rodovias.

As agências reguladoras, por exemplo, disciplinam regramento específico sobre as matérias que podem ser objeto de TAGs, dispondo, ainda, sobre o momento que o acordo pode ser proposto, a autoridade competente para decidir sobre a sua celebração, sanções e restrições no caso de descumprimento das obrigações assumidas, o momento de arquivamento do processo administrativo sancionador após o cumprimento integral do TAG. Assim, no âmbito da Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel, a disciplina está regrada pela Resolução Normativa nº 333/2008, na Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel, Resolução nº 629/2013, na Agência

[8] Os atos negociais da Administração praticados no âmbito de TAG, quando envolvem transação de bens e recursos públicos, estão sujeitos à jurisdição do TCU, tal qual ocorre com os procedimentos de mediação (Lei nº 13.140/2015) ou com os acordos de leniência previstos na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), cabendo, caso a caso, a avaliação de conveniência e oportunidade de o Tribunal atuar, com base em critérios de materialidade, relevância e risco. Tribunal de Contas da União, Acórdão 2.121/2017-Plenário | Relator: BRUNO DANTAS.

[9] 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.

Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, Resolução nº 442/2004 c/c Resolução nº 4.071/2013. Contudo, diante da diversidade de situações que envolvem o contexto fático ou jurídico, cabe pontuar que nem sempre haverá uma regulamentação prevendo, de forma taxativa, expressa ou exaustiva as obrigações possíveis de serem estabelecidas pelo acordo, de modo que a regra geral interpretativa do art. 20 da LINDB é de curial importância, à medida que o pragmatismo envolto na escolha de uma decisão deve estar aberto para certa flexibilidade na definição das obrigações a serem ajustadas, com a devida análise das consequências envoltas e do resultado prático da decisão para atingir a finalidade a que se destina.

Nessa toada, em recente decisão emanada no Acórdão nº 2.121/2017, Plenário do Tribunal de Contas da União, sobre o cabimento dos ajustes celebrados no âmbito do autocontrole, tais instrumentos, em caráter complementar ao processo sancionatório, podem ser mais efetivos quando se tratam de cumprimento de certas obrigações ou de reparação de danos. Para o órgão de controle, o consenso em torno das obrigações tem o condão de aumentar "as chances de cumprimento dos compromissos acordados, com possibilidade real de correção/cessão das condutas danosas", o que resulta na "eliminação dos elevados custos de carregamento desses processos (sancionatórios) ao longo dos anos de suas existências, substituindo os efeitos nocivos da litigância administrativa e, eventualmente, judicial, recorrente e duradoura, por um termo objetivo e consensual".

Segundo o TCU, a perseguição da eficiência é o critério definidor do cabimento da celebração de um termo de ajuste e deve restar devidamente demonstrada na motivação que fundamentou a celebração do acordo.

Experiência pioneira no país no âmbito do controle interno de órgãos da Administração perante outros órgãos do mesmo ente é a do município de Belo Horizonte, o qual editou a Lei nº 9.155, de 12 de janeiro de 2006, com regulamento no Decreto nº 12.634, de 22/2/2007, por meio do qual a Controladoria-Geral do Município tem a prerrogativa de acordar com outros órgãos municipais Termo de Compromisso de Gestão (TCG) com os meios corretivos para que efetivem o saneamento de irregularidades constatadas.

Materialmente, as atribuições dos órgãos de autocontrole e do controle externo dos tribunais de contas não se mostram distintas, ambos apurando em sua instância os atos administrativos praticados, representando a importância dada pelo constituinte à boa prática administrativa no que envolve a gestão da *res publica*, a evitar o desperdício de recursos e a escorreita consecução das políticas formuladas. Até porque quanto mais frágeis os mecanismos de controle, mais sujeita a erros, desperdícios e até mesmo condutas fraudulentas a Administração estará sujeita.

2.3. *Mecanismos consensuais no controle judicial da Administração Pública*

Também no âmbito do controle judicial dos atos da Administração Pública, as soluções consensuais são mais demandadas e utilizadas, como exemplo a edição

da Lei federal nº 13.140, de 26 de junho de 2015, possibilitando a resolução consensual de conflitos envolvendo o Poder Público. O Novo Código de Processo Civil – Lei federal nº 13.105, de 16 de março de 2015 –, doravante apenas NCPC, ao estabelecer as normas fundamentais do Processo Civil estimula o Estado ao uso dos meios consensuais de controvérsia: "*O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos*" – art. 3º, § 2º, NCPC –, cabendo ao advogado a sujeição a tal dever para que verifique as chances de mediação ou conciliação. E o § 3º do citado art. 3º arremata: "*A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial*". Registre-se que tais normas do CPC podem ser utilizadas também no processo administrativo, supletiva ou subsidiariamente, conforme a previsão do artigo 15 do NCPC.

José Santos Carvalho Filho (2015, p. 1036), aduz que o sentido moderno do princípio da legalidade coaduna com a visão de que não está vedado ao Estado transacionar com o argumento de indisponibilidade do interesse público:

> Não há dúvida de que o Estado há de ter cautela redobrada no que tange ao emprego de recursos públicos, visto que esses se originam, em última instância, dos integrantes da coletividade. Entretanto, o sentido moderno do princípio da legalidade não implica a vedação para que o Estado celebre transações, sobretudo quando é a própria lei que o estabelece. Por outro lado, a indisponibilidade dos bens públicos significa apenas que o Poder Público não pode disponibilizar seus recursos com total liberdade, como o fazem os particulares em geral; mas, por outro lado, nada impede que os empregue dentro de parâmetros de necessidade, utilidade e razoabilidade, até porque semelhante atividade se configure como gestão dos interesses públicos, o que não se confunde com indisponibilidade.

Não se pode confundir, portanto, a indisponibilidade do interesse público com a intransigibilidade, pois essa somente se afigura cabível quando a lei a expressamente proibiu, como é o caso da vedação de transação nas hipóteses de improbidade administrativa (art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/1992).

Citem-se ainda os estímulos à conciliação judicial operada no sistema processual pátrio com a pioneira Lei dos Juizados Especiais Federais (Lei federal nº 10.259, de 12 de julho de 2001) nos litígios até 60 salários mínimos em que é demandada a União Federal, posteriormente estendida aos processos em que figuram como requeridos os demais entes da federação, Lei federal nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009, a necessitar de complementação de cada ente, mas pugnando pela busca de soluções negociadas entre Poder Público e os particulares em juízo.

3. ATUAÇÃO FUNCIONAL DA ADVOCACIA PÚBLICA NO CONTROLE CONSENSUAL

A Advocacia Pública passou a ter atuação definida no cenário jurídico brasileiro com a promulgação da Constituição Federal de 1988, momento em que

definitivamente agregou maior relevância ao ser classificada como uma das funções essenciais à justiça e teve seu exercício protegido por norma constitucional.

> DA ADVOCACIA PÚBLICA
> (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
>
> Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.
>
> [...]
>
> Art. 132. Os procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).[10]

Como órgão técnico essencial à Justiça, a Advocacia Pública atua tanto na atividade contenciosa judicial do Estado, aqui compreendido o termo nos seus diversos níveis de organização política administrativa, bem como na consultoria jurídica da Administração Pública, concentrando a dupla função (contenciosa e consultiva) em uma instituição única, alçando-a uma condição superior de instituição curadora da legalidade da atuação do Poder Público.

Em sede de controle consensual dos atos da Administração, a atuação do advogado público, por sua vez, mostra-se curial. Isso porque em se tratando de mudança de paradigma de atuação da Administração Pública muitas são as dúvidas ao novel modo, bem como muitas são as críticas inerentes à própria aplicação dos instrumentos postos à disposição pela doutrina do consensualismo.

> De um ponto de vista pragmático, a consensualidade no âmbito do Estado envolve-se em um problema dual: de um lado, se utilizada de maneira correta, trata-se de uma prática vantajosa para as estruturas do Estado, especialmente do ponto de vista social e econômico, na medida em que apresenta diversos benefícios, alguns já citados acima; de outro lado, enfrenta um entrave argumentativo contundente, originário da noção tradicional da indisponibilidade do interesse público e suas repercussões, que será tratado em tópico à frente[11].

O próprio Ministério Público Federal, na Nota Técnica Conjunta nº 1/2018, teceu severas críticas ao projeto de lei aprovado, recomendando ao excelentíssimo senhor

[10] BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Brasília, DF, 5 de outubro 1988.

[11] NEVES, Cleuler Barbosa das; FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. Dever de consensualidade na atuação administrativa. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, v. 55, nº 218, p. 66, abr./jun. 2018. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p63>. Acesso em 15/12/2018.

presidente da República o veto dos dispositivos. Cita-se aqui os trechos mais relevantes, especialmente à discordância de conteúdo quanto aos artigos citados no primeiro tópico:

> O dispositivo, na redação apresentada, é bastante amplo, e dá abertura, inclusive, para que seja invocado mesmo nos casos de decisões judiciais que não tenham por objeto o controle de ato administrativo. Entretanto, mesmo que contida a aplicação do dispositivo à função de controle, o artigo proposto peca por transferir indevidamente ao julgador os ônus e as responsabilidades inerentes à atividade do gestor público. Ao julgador, compete aplicar a lei, confirmando a validade ou invalidando o ato. A depender do alcance que se empreste à expressão "consequências práticas", corre-se o risco de exigir do magistrado que determine, substituindo-se ao gestor, a adoção de todas as medidas que a correção do ato imporá. Ora, as consequências práticas, quer de ordem jurídica, quer de ordem administrativa, da invalidação do ato estão preestabelecidas no ordenamento jurídico, sendo de se pressupor que sejam de conhecimento de todos, sobretudo do administrador público. Daí porque, tomando-se inteiramente pertinente a invocação do dispositivo vigente da própria Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Art. 3º Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece), parece excessivo exigir-se do órgão que exerce o controle manifestação expressa das consequências jurídicas da sua decisão. Há um risco de se converter os órgãos de controle e órgãos judiciais em órgãos de consultoria jurídica da própria Administração. Parece impensável, do mesmo modo, supor que o magistrado ou o órgão controlador possa analisar o exame das "alternativas possíveis", como quer o parágrafo único, porque essa atividade é essencialmente do gestor. Resultado dessa situação esdrúxula seria o desvirtuamento da função judicial, por exemplo, para atividade de consultoria do administrador, perscrutando alternativas e consequências em seu benefício. Umas e outras devem ser buscadas e/ou suportadas pelo gestor, que deixou de adotar as cautelas necessárias para evitar que o ato viesse a ser invalidado.

Do mesmo modo, não menos brandas são as críticas ao artigo 26 da LINDB, veja-se:

> O artigo 26, como o anterior, atenta contra a atuação dos órgãos de controle, notadamente dos Tribunais de Contas. A celebração do compromisso com os interessados para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público desponta como passe livre para subtrair a ação do administrador aos órgãos de controle.
>
> [...]
>
> Ao dispor sobre o compromisso e a transação quanto a sanções, lança-se o administrador em campo fértil para a impunidade. O instituto da transação, como é sabido, impõe concessões recíprocas. No caso em comento, a falta de qualquer referência a quais seriam as concessões possíveis, que benefícios poderia a Administração Pública obter do agente público e em que condições o acordo seria celebrado, resulta em perigosa trilha para eximir o gestor da responsabilidade no trato da coisa pública.

É nesse âmago que a Advocacia Pública, inserida como função essencial à Justiça, deve fazer protagonizar no Estado de Direito a missão que lhe foi incumbida. O advogado público deve orientar o gestor – conforme a situação que se apresenta no caso concreto – a adotar mecanismos consensuais quando assim essa opção apresentar ser a mais eficiente para a consecução do resultado a que se objetiva (***accountability***), ou afastá-lo quando a atuação imediata recomende de pronto a aplicação de medidas impeditivas – típicas do controle burocrático. Deve assim sopesar ao gestor, no âmbito de uma Administração Pública dialógica, diante da técnica jurídica que lhe é ínsita, a escolha da melhor interpretação possível, indicando os riscos e afastando posições que prejudiquem a obtenção de resultados pela Administração. Cleuler Batista das Neves e Marcílio da Silva Ferreira Filho, citando Onofre Alves Batista Júnior, sintetizam essa posição:

> Se existe a possibilidade de celebração de contratos alternativos que propiciem soluções mais ajustadas ao desiderato de atendimento otimizado do bem comum, em especial quando o Direito estabelece cláusulas setoriais autorizativas, firma-se o dever/poder de transacionar, sempre que essa se constitua na melhor alternativa para o atendimento do bem comum.[12]

Dessa feita, embora o acréscimo na LINDB tenha dado a preferência para a adoção de mecanismos consensuais, a opção consensual deverá ser utilizada quando realmente for a melhor alternativa à eficiência, o que por certo não afasta o controle sancionatório. A unilateralidade decorrente da imposição de sanções não pode ser dispensada quando a análise da situação posta determine ser essa a melhor escolha. O interesse público nessa nova roupagem é moldado assim pela busca do melhor resultado, aquele que satisfaça a execução da pretendida política pública. Dados os percalços enfrentados na sua execução, a nova LINDB confere outra opção ao gestor do que a mera aplicação de sanção. A escolha da via consensual ou sancionatória deve ser muito bem sopesada a cada caso em concreto.

À Advocacia Pública, por meio de seus órgãos na União, nos estados, Distrito Federal e nos municípios onde já instituída, cabe, com exclusividade, a advocacia contenciosa e preventiva (assessoramento e consultoria jurídica) dos poderes estatais como um todo. Nesse contexto, ganha um novo relevo e função, eis que entre as carreiras de estado é a mais capacitada para avaliar as consequências práticas, quer de ordem jurídica, quer de ordem administrativa, os obstáculos e dificuldades reais do gestor na condução das políticas públicas. Com isso, ao lado da capacidade de diálogo do advogado público com os demais atores envolvidos na situação posta, haverá condições de avalizar ao gestor a escolha mais condizente para a resolução de determinada situação.

A experiência profissional do advogado público, viabilizada até mesmo pela sua direta interlocução entre o Estado Executivo e o Estado Juiz, seja ainda pela

[12] NEVES, Cleuler Barbosa das; FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. Dever de consensualidade na atuação administrativa. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 55, nº 218, p. 78, abr./jun. 2018. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p63.pdf>. Acesso em 15/12/2018.

atividade jurisconsultiva que lhe é inerente, com necessidade de constante estudo do panorama legislativo e jurisprudencial em vigor para o atendimento das necessidades diárias da Administração, o torna habilitado para propiciar ao gestor a ponderação fático-jurídica necessária para a escolha da opção de controle que atenda ao interesse público da forma mais geral, equânime, segura e eficiente. Com isso, a Advocacia Pública pode efetivamente concretizar a missão constitucional que lhe foi atribuída de essencial à Justiça, de forma que as resistências manifestadas pelos órgãos de controle e Ministério Público Federal quando da edição da lei, de fato, não subsistirão, pois não haverá transferência indevida aos julgadores desses órgãos de avaliar ônus e responsabilidades inerentes às atividades do gestor público.

CONCLUSÃO

É fato que está em curso uma revisitação do Direito Público pátrio, em especial no Direito Administrativo. Revisitação provocada por uma série de transformações no contexto social, aliada a frustrações ocorridas no meio político-burocrático que não acompanharam as transformações da sociedade e assim deixaram de concretizar resultados úteis aos administrados.

A consagração da eficiência como princípio administrativo constitucional, por sua vez, torna imperativa a entrega de resultados que, de fato, tragam as melhorias tanto almejadas pela coletividade. Nesse sentido, há uma modificação do conceito de interesse público, que passa a ser entendido não como um imperativo que atenda ao interesse secundário do ente, mas sim aquele que propicie a percepção de resultados da forma mais equânime, célere e econômica. Decorrência de tais transformações, o controle da Administração Pública também exige modificações, de forma que a mera aplicação de sanções – típica do modelo burocrático com utilização de controles punitivos – nem sempre se mostra apta à concretização de resultados, que é a exigência da ordem constitucional. Para tanto, exsurge um novo modelo de controle administrativo, pontuado pelo consensualismo e agora consagrado na legislação pátria, com o acréscimo do art. 26 da nova LINDB. Tal instrumento propicia que se encontrem soluções negociadas entre controlador e controlado, com vistas à escorreita condução do ato, sempre com o intuito de se alcançar o resultado pretendido (*accountability*) em substituição à mera aplicação de sanções, que, igualmente, não resultaria no fim colimado.

Nada obstante, o novo modelo sofre críticas e dúvidas, como sói com tudo o que se mostra novo, e nem sempre na análise do caso concreto pode se mostrar interessante a sua substituição pelo modelo tradicional de controle sancionatório. Nesse passo é que se mostra primordial a atuação da Advocacia Pública, pois, como função essencial à Justiça que é, reúne condições de bem avaliar ao gestor público – mediante minuciosa análise da situação concreta – qual a melhor opção, tendo em vista a necessidade de alcançar o resultado, eis que determinadas ocasiões podem exigir de pronto a aplicação de sanções, outras podem ser objeto de termos de ajustes, em concretização ao consensualismo, agora opção disponível ao gestor.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, C. C; ALVES, M. S. D. Termo de Ajustamento de Gestão: resgate do pensamento tópico pelo Direito Administrativo pós-moderno. *Revista do TCEMG*, Belo Horizonte, v. 84, nº 3, p. 81-92, jul./set. 2012. Disponível: <http://revista1.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1606.pdf>. Acesso em 29 nov. 2018

BALTAR Neto, Fernando Ferreira; TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Direito Administrativo*. Editora Juspodvm, 8ª ed. Salvador, 2018.

BRASIL. Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público, Brasília, DF, abril 2018.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Brasília, DF, 05 de outubro 1988.

BRASIL, Nota Técnica Conjunta nº 1/2018, Brasília, 11/04/2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/nota-tecnica-pgr-lindb.pdf>. Acesso em 15 dez. 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DA COSTA, França Antônio. Termo de ajustamento de gestão: busca consensual de acerto na gestão pública. *Revista TCEMG*, jul/ago./set.2014, p. 19-33. Disponível em: <http://revista1.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/2824.pdf>. Acesso em 15 dez. 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

FERRAZ, Luciano. LINDB consagra controle consensual da administração pública. *Revista Consultor Jurídico*, junho 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-07/interesse-publico-lindb-consagra-controle-consensual-administracao-publica?imprimir=1>. Acesso em 16 dez. 2018.

FERRAZ, Luciano. Termo de ajustamento de gestão (TAG): do sonho à realidade. *Revista Brasileira de Direito Público*, v. 8, nº 31, out/dez. 2010, p. 43 a 50.

FERRAZ, Luciano. Termo de ajustamento de gestão e o alerta previsto no art. 59, § 1º, da Lei de Responsabilidade Fiscal: dez anos depois. *Revista Técnica dos Tribunais de Contas*, Belo Horizonte, ano 1, nº 0, set. 2010, p. 205-214.

FIGUEIREDO MOREIRA NETO, Diogo de; CÂMARA DE ALMEIDA, Aline Paola C.B.; Garcia, Flávio Amaral. O Futuro da Advocacia Pública: A Ação Preventiva e Proativa. *Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná*, Curitiba, nº 7. p. 11-36, 2016. Disponível em: <http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/OFuturodaAdvocaciaPublicaAAcaoPreventivaeProativa.pdf>. Acesso em 8 jun. 2018.

JORGE, Álvaro; SARAGOÇA, Mariana. *Consensualidade cada vez mais presente na administração pública.* Disponível em: <http://daniellixavierfreitas.jusbrasil.com.br/artigos/143980654/consensualidadecada-vez-mais-presente-na-administracao-publica>. Acesso em 29 nov. 2018.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; VÉRAS, Rafael de Freitas. A Lei nº 13.655/2018 e os novos paradigmas para os acordos substitutivos. *Revista Consultor Jurídico*, maio 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-11/opiniao-lindb-paradigmas-acordos-substitutivos#author>. Acesso em 12 dez. 2018.

NEVES, Cleuler Barbosa das; FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. Dever de consensualidade na atuação administrativa. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 55, nº 218, p. 63-84, abr./jun. 2018. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p63.pdf>. Acesso em 14 dez. 2018.

REISDORFER, Guilherme F. Dias. Os termos de ajuste de conduta da Anatel e da ANTT na visão do TCU. *Coluna do Justen*, 15/02/2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-do-justen/os-termos-de-ajuste-de-conduta-da-anatel-e-da-antt-na-visao-do-tcu-15022018>. Acesso em 15 dez. 2018.

SOUZA, Luciane Moessa de. Resolução consensual de conflitos envolvendo o Poder Público: caminho possível e adequado, com o devido respeito às peculiaridades do regime jurídico-administrativo. *Revista do Advogado AASP – Mediação e conciliação, nº 123*, São Paulo, Agosto de 2014, p. 162-169.

TEIXEIRA, Alan José de Oliveira. O Termo de Ajustamento de Gestão no controle eficiente da Administração Pública. *Revista Controle*, Fortaleza, v. 15, nº 2, p. 235-258, jul/dez. 2017. Disponível em: <http://arnsdeoliveira.adv.br/artigos/o-termo-de-ajustamento-de-gestao-no-controle-eficiente-da-administracao-publica/>.Acesso em 13 dez. 2018.

ISSN 2179-8532

PGE
PROCURADORIA GERAL
DO ESTADO DE SÃO PAULO

GOVERNO DO ESTADO
DE SÃO PAULO