

**INTERDISCIPLINARIDADE
E DIREITO PÚBLICO**

CONSELHO EDITORIAL SELO ÁGORA21

PRESIDÊNCIA	Felipe Dutra Asensi Marcio Caldas de Oliveira
CONSELHEIROS	Adriano Rosa (USU, Rio de Janeiro) Alfredo Freitas (AMBRA, Estados Unidos) André Guasti (TJES, Vitória) Arthur Bezerra Junior (UNINOVE, São Paulo) Bruno Zanotti (PCES, Vitória) Camila Jacobs (AMBRA, Estados Unidos) Camilo Zufelato (USP, São Paulo) Carolina Cyrillo (UFRJ, Rio de Janeiro) Claudia Pereira (UEA, Manaus) Claudia Nunes (UVA, Rio de Janeiro) Daniel Giotti de Paula (Intejur, Juiz de Fora) Eduardo Val (UFF, Niterói) Fernanda Fernandes (PCRJ, Rio de Janeiro) Gláucia Ribeiro (UEA, Manaus) Jeverson Quinteiro (TJMT, Cuiabá) José Maria Gomes (UERJ, Rio de Janeiro) Luiz Alberto Pereira Filho (FBT-INEJE, Porto Alegre) Paula Arevalo Mutiz (FULL, Colômbia) Paulo Ferreira da Cunha (UP, Portugal) Pedro Ivo de Sousa (UFES, Vitória) Raúl Gustavo Ferreyra (UBA, Argentina) Ramiro Santanna (DPDFT, Brasília) Raphael Carvalho de Vasconcelos (UERJ, Rio de Janeiro) Rogério Borba (UCAM, Rio de Janeiro) Santiago Polop (UNRC, Argentina) Siddharta Legale (UFRJ, Rio de Janeiro) Tatyane Oliveira (UFPB, João Pessoa) Tereza Cristina Pinto (CGE, Manaus) Thiago Pereira (UCP, Petrópolis) Vanessa Velasco Brito Reis (PGM, Petrópolis) Vania Marinho (UEA, Manaus) Victor Bartres (Guatemala) Yolanda Tito Puca (UNMSM, Peru)

REVISADO PELA COORDENAÇÃO DO SELO ÁGORA21

ORGANIZADORES
ANGELA LIMONGI ALVES
FERNANDO BENTES
LEONAM LIZIERO

INTERDISCIPLINARIDADE E DIREITO PÚBLICO



GRUPO MULTIFOCO

Rio de Janeiro, 2018

Copyright © 2018 Angela Limongi Alves, Fernando Bentes e Leonam Liziero (org.).

DIREÇÃO EDITORIAL Felipe Dutra Asensi e Marcio Caldas de Oliveira

EDIÇÃO E PREPARAÇÃO Thiago França

REVISÃO Coordenação Selo Agora 21

PROJETO GRÁFICO E CAPA Carolinne de Oliveira

IMPRESSÃO E ACABAMENTO Gráfica Multifoco

DIREITOS RESERVADOS A

GRUPO MULTIFOCO

Av. Mem de Sá, 126 - Centro

20230-152 / Rio de Janeiro, RJ

Tel.: (21) 2222-3034

contato@editoramultifoco.com.br

www.editoramultifoco.com.br

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS.

Nenhuma parte deste livro pode ser utilizada ou reproduzida sob quaisquer meios existentes sem autorização por escrito dos editores e autores.

Interdisciplinaridade e Direito Público

ALVES, Angela Limongi

BENTES, Fernando

LIZIERO, Leonam

1ª Edição

Setembro de 2018

ISBN: 978-85-8273-531-2

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

I61

Interdisciplinaridade e direito público /
Organizadores Angela Limongi Alves, Fernando Bentes,
Leonam Liziero. – Rio de Janeiro: Agora21, 2018.
492 p. ; 21 cm.

ISBN 978-85-8273-531-2

1. Direito. 2. Direito público. I. Alves, Angela
Limongi. II. Bentes, Fernando. III. Liziero, Leonam.

CDD 341

Sumário

Conselho científico do CAED-JUS	9
Sobre o CAED-JUS	11
Neoconstitucionalismo e direito administrativo: reflexões críticas e mudança de paradigmas	15
<i>Claudio Abel Franco de Assis</i>	
Aspectos jurídicos do ensino domiciliar no Brasil ...	37
<i>Danilo Valdir Vieira Rossi</i>	
O neoconstitucionalismo e a (nova) arquitetura constitucional.....	59
<i>Elson Pereira de Oliveira Bastos e Jaime Leônidas Miranda Alves</i>	
Análise do paradigma das licitações a partir do advento do regime diferenciado de contratações públicas	79
<i>Guilherme Sonda Popinhak</i>	
Federalismo de cooperação: a experiência alemã e o Estado Social de Direito	99
<i>Leonam Baesso da Silva Liziero</i>	

**A evolução da dívida pública interna brasileira:
aspectos do reflexo no desenvolvimento social e
nas futuras gerações.....125**

Meire Cristina de Souza

Uma abordagem da cidadania brasileira.....147

Rômulo Lopes Camurça

**Ativismo judicial e suas consequências:
reflexões sobre o fenômeno a partir de suas
peculiaridades169**

Thomaz Muylaert de Carvalho Britto

**Positivismo, pós-positivismo e
neoconstitucionalismo..... 189**

Isabela Moreira Antunes do Nascimento

**Regulação das empresas estatais e a nova lei nº
13.303/16..... 211**

Ana Cristina Alves de Paula e Thiago Giovanni Romero

**Soberania estatal, sociedade civil e terceiro setor:
esboço, transformações e perspectivas.....237**

Angela Limongi Alvarenga Alves

**O imposto sobre operações de crédito, câmbio,
seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários
como instrumento para incrementar as relações
econômicas entre brasil e espanha.....257**

Fernando R. M. Bertoncello e Thaís Cíntia Cármi

**Tributação consumerista indireta no Brasil: nítido
efeito confiscatório275**

Gerson Santana Arrais

A soft law e a constitucionalização do direito administrativo..... 297

Mônica Berçot El-Jaick

Mudanças na lei de introdução às normas do direito brasileiro – lindb: avanço ou retrocesso?315

Tânia Mara Lourenço Vesentini

Um breve ensaio sobre a extrafiscalidade do ICMS ecológico341

Maisa Bernachi Baptista

A qualidade de vida nas metrópoles a partir do contexto socioambiental357

Marconi do Ó Catão

A cidade em busca de uma gestão ambientalmente adequada para o destino final do lixo eletrônico...373

Marconi do Ó Catão

Plano guanabara limpa: a realidade da baía de guanabara após os jogos olímpicos de 2016 393

Tatiana Fernandes Dias da Silva

Desapropriações para os megaeventos e a remodelação do espaço público urbano carioca: o caso da vila autódromo de Jacarepaguá e da Vila União de Curicica413

Raisa Duarte da Silva Ribeiro e Mirtha Dandara Baltar

Análise do papel da advocacia pública na mediação e conciliação tributária 435

Maisa Bernachi Baptista

Parecer jurídico isento como ato materializador de improbidade administrativa: a (ir)responsabilização do advogado público – análise da jurisprudência dos tribunais superiores..... 455

Fabricao Gaspar Rodrigues

Porque não precisamos de robôs: a advocacia pública e o princípio da legalidade em tempos de crise477

Fernando Barroso de Deus

Conselho científico do **CAED-JUS**

Adriano Rosa (USU)

Alexandre Bahia (UFOP)

Alfredo Freitas (AMBRA, Estados Unidos)

Antonio Santoro (UFRJ/IBMEC/UCP)

Bruno Zanotti (PCES)

Claudia Nunes (UVA)

Daniel Giotti de Paula (PFN)

Denise Salles (UCP)

Edgar Contreras (Universidad Jorge Tadeo Lozano, Colômbia)

Eduardo Val (UFF/UNESA)

Felipe Asensi (UERJ/UCP/USU/Ambra)

Fernando Bentes (UFRRJ)

Glaucia Ribeiro (UEA)

Gunter Frankenberg (Johann Wolfgang Goethe-Universität -
Frankfurt am Main, Alemanha)

João Mendes (Universidade de Coimbra, Portugal)

Jose Buzanello (UNIRIO)

Klever Filpo (UCP)

Luciana Souza (FMC)

Marcello Mello (UFF)

Nikolas Rose (King's College London, Reino Unido)

Oton Vasconcelos (UPE/ALBCJ)

Paula Arévalo Mutiz (Fundación Universitaria Los Libertadores,
Colômbia)

Pedro Ivo Sousa (UFES)

Santiago Polop (Universidad Nacional de Río Cuarto, Argentina)

Siddharta Legale (UFRJ)

Saul Tourinho Leal (UNICEUB/IDP)

Sergio Salles (UCP)

Susanna Pozzolo ([Università degli Studi di Brescia, Itália](#))

Thiago Pereira (UNILASSALE)

Tiago Gagliano (PUC-PR)

Sobre o **CAED-JUS**

O **Conselho de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus)** é iniciativa de uma rede de acadêmicos brasileiros e internacionais para o desenvolvimento de pesquisas jurídicas e reflexões de alta qualidade.

O **CAED-Jus** desenvolve-se exclusivamente de maneira virtual, sendo a tecnologia parte importante para o sucesso das discussões e para a interação entre os participantes através de diversos recursos multimídia. Desde a sua criação, o **CAED-Jus** tornou-se um dos principais congressos do mundo com os seguintes diferenciais:

- Democratização da divulgação e produção científica
- Publicação dos artigos em livro impresso, cujo pdf é enviado aos participantes
- Galeria com os premiados de cada edição
- Interação efetiva entre os participantes através de ferramentas online
- Diversidade de eventos acadêmicos no **CAED-Jus**

- Exposição permanente do trabalho e do vídeo do autor no site para os participantes
- Coordenadores de GTs são organizadores dos livros publicados

O Conselho Científico do **CAED-Jus** é composto por acadêmicos de alta qualidade no campo do direito em nível nacional e internacional, tendo membros do Brasil, Estados Unidos, Colômbia, Argentina, Portugal, Reino Unido, Itália e Alemanha.

Em 2018, o evento ocorreu entre os dias 20 a 22 de junho de 2018 e contou com 12 Grupos de Trabalho e mais de 400 participantes. A seleção dos coordenadores de GTs e dos trabalhos apresentados ocorreu através do processo de *peer review*, o que resultou na publicação dos oito livros do evento. Os coordenadores de GTs foram convertidos em organizadores dos respectivos livros e, ao passo que os trabalhos apresentados em GTs que não formaram 10 artigos foram realocados noutro GT, conforme previsto em edital.

Os coordenadores de GTs indicaram trabalhos para concorrerem ao Prêmio CAED-Jus 2018. A Comissão Avaliadora foi composta pelos professores Thiago Rodrigues Pereira (UNILASALLE-RJ), Glaucia Maria de Araújo Ribeiro (Universidade do Estado do Amazonas) e Paula Lucia Arévalo Mutiz (Fundación Universitaria Los Libertadores, Colômbia). O trabalho premiado foi de autoria de Marconi do Ó Catão sob o título “A cidade em busca de uma gestão ambientalmente adequada para o destino final do lixo eletrônico”.

**DIREITO PÚBLICO
CONTEMPORÂNEO**

Neoconstitucionalismo e direito administrativo: reflexões críticas e mudança de paradigmas

Claudio Abel Franco de Assis

Introdução

O presente artigo visa abordar, analiticamente, alguns aspectos do neoconstitucionalismo no século XXI sobre o direito, dando-se ênfase principalmente a nova hermenêutica constitucional que se projeta sobre o Direito Administrativo e em que aspecto esse ramo do direito se afigura em desarmonia com os ideais e valores da Carta Magna brasileira.

Assim sendo, serão analisados alguns princípios e institutos do Direito Administrativo e, a partir desta análise, restará evidente que o Direito em comento não está adequado ao modelo pós-positivista. Serão então esboçados alguns elementos teóricos para um novo modelo do Direito Administrativo, de sorte a que o mesmo acompanhe os ideais neoconstitucionais que a Constituição Federal Brasileira de 1988 trouxe em seu bojo.

Inicialmente então serão apresentadas as principais características e o sentido do novo Direito Constitucional, os seus efeitos e o alcance jurídico no direito pátrio. Isso servirá de fundamento para o objeto do presente artigo. Em seguida, serão feitos comentários através de abalizada doutrina sobre a atuação administrativa estatal no contexto do novo século, relacionando a mesma com o fenômeno do neoconstitucionalismo, isto com fulcro em demonstrar que o Direito Administrativo não passou pela “filtragem constitucional”, termo que designa a submissão/adequação de todos os ramos do direito à Constituição, que é portadora de singular força normativa apta a irradiar ideais e valores inseridos e provenientes diretamente do texto constitucional.

1. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: a primazia da constituição

Consoante às lições de Luís Roberto Barroso (2007), existem três momentos fundantes do fenômeno conhecido como neoconstitucionalismo: o marco histórico, o marco teórico e o marco filosófico. Tais marcos se constituíram em paradigmas que vieram a direcionar a doutrina e, bem como, os tribunais no sentido da construção e consolidação de uma nova coluna fundamental no Direito Constitucional. Nessa direção e ainda lastreado no ensino do ministro da Suprema Corte brasileira, se verifica que o marco histórico considera a travessia de um Estado autoritário e intolerante para um Estado Democrático de Direito, assim como se deu em 1988 com a elaboração e promulgação da Constituição. Em outro senso, na caracterização dos referidos momentos teórico e filosófico, importa sobretudo considerar as duas grandes correntes de pensamento que são díspares ao Direito: o jusnaturalismo e o positivismo.

Em linhas gerais e para os fins do presente artigo, há que se conceituar que o jusnaturalismo aproximou a lei da razão, transformando-se na filosofia natural da ciência do Direito, já o positivismo visou equiparar o Direito à lei, em busca da maior objetividade científica. Ocorre, porém, que, em função da conjuntura histórica do início do século XVI e fins do século XIX, o pensamento jusnaturalista veio a ter a sua prevalência bastante reduzida na ciência do Direito, mormente no final do século XIX, com o desabrochar do positivismo jurídico (BOBBIO, 1995). Com relação a este último, suas influências perduraram significativamente até o momento em que começaram a ocorrer manifestações de toda sorte contrárias à moral e ainda maculando a dignidade da pessoa humana, tais como foram as ideologias fascista e nazista, que acabaram por caracterizar o positivismo em um fracasso político de meados do século XX. Eis que se tem então o nascimento de um fenômeno mais complexo e de notório viés de superação dos ideários jusfilosóficos do passado, o pós-positivismo. Ainda na lição de Luís Roberto Barroso (2007, p. 4):

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação.

Diante dessas considerações, evidencia-se o fato de que a derrocada da influência dessas duas grandes e significativas correntes de pensamento viabilizou a abertura de um *locus* em que uma verdadeira superação teórico-científica no Direito pôde surgir. Assim é que, em clássica exploração contextual, acentua com firmeza o destacado Ministro Barroso (2006, p. 27-28):

O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica* e a teoria dos direitos fundamentais. (...) O Direito, a partir da segunda metade do século XX, **já** não cabia mais no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e as ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade. Por outro lado, o discurso científico impregnara o Direito. Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva. Nesse contexto, o pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as ideias de justiça e legitimidade. O constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito.

Em face dessa preciosa lição, poderia se dizer que o pós-positivismo tem como escopo fundamental a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras, a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica, a formação de uma nova hermenêutica constitucional e, bem como e de maior importância, o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento do preceito basililar constitucional da dignidade da pessoa humana (BINENBOJM, 2004).

Essas premissas, sem embargo, certamente culminaram em uma patente reaproximação entre o Direito e a Filosofia.

Uma vez assimilado esse prolegômeno histórico obrigatório do fenômeno pós-positivista, é possível então se imiscuir no neoconstitucionalismo, posto que este é um dos desdobramentos da influência daquele. Nesse sentido, no plano teórico, o neoconstitucionalismo encontra e preconiza o reconhecimento de força normativa à Constituição, através, principalmente, da expansão da jurisdição constitucional e do desenvolvimento de uma nova interpretação constitucional.

No panorama de se reconhecer essa eficácia e efetividade constitucional, mediante a análise da clássica “teoria da força normativa da constituição” (HESSE, 1991, p.78), é possível chegar à conclusão de que o seu objetivo primordial é atribuir à norma constitucional o *status* de norma jurídica, e, portanto, dotada de força normativa. Interessante é salientar, nesse sentido, que até meados do século XX, na Europa, a Constituição era concebida apenas como um documento político, em que os Poderes Públicos não possuíam nenhum tipo de vinculação à mesma no exercício de suas funções, seja legislando, seja administrando ou julgando, de sorte que o Estado agia de acordo com sua vontade não observando as prescrições da Constituição.

Em continuidade e nessa seara de “força” da Constituição, verifica-se o desdobramento singular da expansão da jurisdição constitucional como componente indissociável do fenômeno neoconstitucionalista sob comento. Assim, o que se tem nos últimos tempos e como consequência dessa transição do texto magno para contornos cada vez mais aplicáveis e efetivos (CARBONELL, 2005), é uma verdadeira supremacia da Constituição na concretização e plena realização dos Direitos Fundamentais. Diante dessa “constitucionalização” e como um produto natural da referida força nor-

mativa da constituição, a nova hermenêutica constitucional parte da premissa de que o intérprete venha a se tornar co-participante do processo de criação do Direito, completando e aperfeiçoando o trabalho do Estado legislador, efetuando valorações de sentido para cláusulas abertas ou preenchendo conceitos jurídicos indeterminados. Estes contêm termos ou expressões de textura aberta, que fornecem um início de significação a ser completado pelo intérprete, o qual precisa observar necessariamente os ideais e os valores contidos na Constituição para a aplicação do Direito e, bem como, para a resolução do problema jurídico. Contudo, cabe trazer a preciosa advertência do referido constitucionalista fluminense (BARROSO, 2007, p. 08):

No caso brasileiro, como no de outros países de constitucionalização recente, doutrina e jurisprudência ainda se encontram em fase de elaboração e amadurecimento, fato que potencializa a importância das referências estrangeiras. Esta é uma circunstância histórica que precisamos lidar, evitando dois extremos indesejáveis: a subserviência intelectual, que implica na importação crítica de fórmulas alheias e, pior de tudo, a incapacidade de reflexão própria, e a soberba intelectual, pela qual se rejeita aquilo que não se tem. Nesse ambiente não é possível utilizar modelos puros, concebidos alhures, e se esforçar para viver a vida dos outros. O sincretismo – desde que consciente e coerente – resulta sendo inevitável e desejável.

Por fim, na direção perscrutada por Barroso, pode-se apontar que o neoconstitucionalismo é uma transformação necessária e adequada ao momento de consolidação e reforço do espírito democrático no Brasil, mas não se deve olvidar da

necessidade de se encontrar um equilíbrio e se traçar um caminho que seja propício e individual a realidade da sociedade.

Uma vez assimilado o fenômeno do neoconstitucionalismo, é possível então tratar do desiderato principal do presente artigo: suas influências em alguns institutos fundamentais do Direito Administrativo.

2. O direito administrativo no contexto do novo constitucionalismo: a mudança de paradigmas

O mundo jurídico é demarcado hoje por uma nova era, um momento especial de significativos avanços na defesa de direitos fundamentais e na perspectiva dos direitos sociais consignados no bojo da Constituição de 1988. É evidente então que o Direito brasileiro, especificamente no ramo do Direito Administrativo, atravessa um processo de muitas e profundas reflexões com fulcro a que o mesmo possa acompanhar os novos paradigmas constitucionais. Assim conceitos e institutos do Direito Administrativo vem sendo revisados, pois na forma em que nasciam no alvorecer do século XIX não mais podiam subsistir, como bem observa Marçal Justen Filho (2005, p. 13):

O instrumental teórico do Direito Administrativo se reporta ao século XIX. Assim se passa com os conceitos de Estado de Direito, principio da legalidade, discricionariedade administrativa. A fundamentação filosófica do direito administrativo se relaciona com a disputa entre Duguit e Haurion, ocorrida nos primeiros decênios do século XX. A organização do aparato administrativo se modela nas concepções napoleônicas, que traduzem uma rígida hierarquia da feição

militar. (...) O conteúdo e as interpretações do Direito Administrativo permanecem vinculados e referidos a uma realidade sociopolítica que há muito deixou de existir. O instrumental do Direito Administrativo é, na sua essência, o mesmo de um século atrás.

Nessa ótica, fica bastante evidenciada a origem do ramo administrativista do direito na Revolução Francesa, o que explica seus muitos resquícios das concepções napoleônicas, idealizadas na rígida hierarquia militar que era um marco daquela época. Com as transformações radicais da sociedade nos dois séculos que se seguiram, o direito administrativo se coloca em inafastável crise, e nesse sentido, em importante contribuição trazida pela tese de doutoramento de Gustavo Binenbojm (2006, p. 267), tem-se que

as transformações porque passou o Estado moderno, desde a ascensão do Estado Providência até o seu colapso, verificado nas décadas do século XX, somadas à emergência do Estado Democrático de Direito, instituído pela nova Magna Carta de 1988, agravaram o descompasso entre as velhas categorias e as reais necessidades e expectativas das sociedades contemporâneas em relação à Administração Pública.

Constatado o delicado momento de rediscussão e revisão dos clássicos institutos desse notável e precioso ramo do direito, alguns teóricos do ramo administrativista vem se debruçando sobre a questão, no que se deve destacar, sobretudo, as clássicas contribuições da alçada de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2008) como um dos doutrinadores que vem apontando já há alguns anos a necessidade da mudança de paradigmas no que se refere ao Direito Administrativo.

Nesse sentido, no atual contexto das discussões atinentes ao neoconstitucionalismo e à constitucionalização do Direito Administrativo, cabe trazer neste texto, apenas por força de um necessário recorte metodológico para os fins aqui propostos, as contribuições de Gustavo Binbenbim (2006), o qual, muito a partir do que a doutrina veio discutindo até o atual contexto, envidou esforços com o firme objetivo de traçar detalhadamente quatro paradigmas clássicos do Direito Administrativo que se encontram em flagrante descompasso com os ideais constitucionais contemporâneos, os quais seriam o princípio da supremacia do interesse público, a legalidade administrativa, a intangibilidade do mérito administrativo na concepção de discricionariedade e a ideia de um poder executivo unitário. O presente artigo irá se limitar a expor brevemente os três primeiros e as suas implicações atuais conforme a melhor doutrina.

2.1 A supremacia do interesse público em debate

O princípio da supremacia do interesse público se conecta umbilicalmente ao princípio da finalidade. Tal primazia é inerente à atuação estatal e a denomina na medida em que a existência do Estado é justificada pela busca do interesse geral (MELLO, 2004). Assim as atividades são desenvolvidas pelo Estado em benefício da coletividade, posto que o fim último de sua atuação deva ser voltada para o interesse público. Caso a atuação do estado não tenha isso por desiderato precípua, a mesma estará eivada de desvio de finalidade.

Tanto quanto a indisponibilidade do interesse público, o princípio em comento é um corolário do regime jurídico administrativo brasileiro e é um balizamento clássico na respeitada doutrina nacional. O mesmo se baseia na ideia da exis-

tência de poderes especiais passíveis de serem exercidos pela Administração Pública nas relações com o particular (verticalização), em que o Estado, com fundamento na supremacia do interesse público, restringe direitos dos particulares a partir da atuação dos clássicos institutos administrativistas, como o poder de polícia, as cláusulas exorbitantes do contrato administrativo e a desapropriação. Assim, a clássica lição a esse respeito preceitua que o princípio da supremacia do interesse público endossa, de maneira fundante, a ocorrência das prerrogativas ou poderes especiais da Administração Pública que resultam, evidentemente, na noção de verticalidade nas relações Administração-Particular (DI PIETRO, 2007).

Esse ideário é a perspectiva mais do que tradicional na doutrina administrativista brasileira, desde o respeitado Hely Lopes Meirelles (2004) até as obras referência dos últimos anos, da lavra, para citar as de mais destaque, de Celso Antônio Bandeira de Mello (2005) e Maria Zylvia Zanella Di Pietro (2007). Todavia, com as inúmeras transformações da sociedade e, mormente, a passagem do regime militar autoritário para a democracia, juntamente com os novos desafios de consolidação democrática e dos direitos fundamentais dos anos recentes, é notório o fato de que alguns doutrinadores administrativistas da atualidade passaram a defender que o princípio da supremacia do interesse público está em inexorável desconstrução (SARMENTO, 2005), pelo que não existem mais espaços para a defesa da prevalência de princípios dos interesses coletivos sobre os individuais. E, de uma forma ainda mais enfática, essa parcela da doutrina preceitua que o princípio da supremacia do interesse público não se encontra em sintonia com a sistemática dos direitos fundamentais.

Por ser um princípio, e, portanto norma (*lato sensu*) de textura aberta, em que, para a aplicação a um caso concreto,

se exige do intérprete o processo de ponderação (ALEXY, 2008), sempre o aplicador será direcionado a um mesmo fim que é o interesse público, ocorrendo, portanto, a prevalência apriorística e descontextualizada do princípio em comento. Com efeito, a norma princípio, a qual preconiza um valor de forma absoluta do interesse coletivo sobre o interesse privado, não pode ser vista como um princípio, uma vez que, para sê-lo, teria que ser relativizado. Clarificando a passagem, nessa mesma direção, registra Gustavo Binbenbim (2008, p. 09):

Na verdade, o conceito de interesse público só ganha concretude a partir da disposição constitucional dos direitos fundamentais em um sistema que contempla e pressupõe restrições no exercício em prol de outros direitos, bem como de metas e aspirações coletivas de caráter metaindividual, igualmente estampados na Constituição. Ao Estado legislador e ao Estado administrador, incumbe atuar como intérpretes e concretizadores de tal sistema, realizando as ponderações entre interesses conflitantes, guiados pelo postulado da proporcionalidade. Assim, o melhor interesse público, só pode ser obtido a partir de um procedimento racional que envolve a disciplina constitucional de interesses individuais e coletivos específicos, bem como um juízo de ponderação que permita a realização de todos eles na maior extensão possível. O instrumento desse raciocínio ponderativo é o postulado da proporcionalidade.

O referido autor enfatiza então que não se nega o conceito de interesse público, mas tão somente a existência de um princípio da supremacia do interesse público, pois não teria sentido em se cogitar de princípio do interesse público que apenas con-

signe que, ao final do processo de ponderação de interesses, se obtém apenas uma única solução, a qual sempre prevalecerá.

Destarte, a melhor forma então, na esteira da doutrina referenciada, de se adequar o interesse público ao contexto constitucional contemporâneo, seria identificá-lo (não mais como um princípio supremo) e o remeter a um procedimento lógico-racional, através do postulado da proporcionalidade, com o objetivo de relativizá-lo a fim de fazer juízos de ponderação sobre interesses em conflito na maior extensão possível, de modo a não haver primazia do interesse coletivo sobre interesses individuais.

Isto posto, entendida a superação da “supremacia” do interesse público, importante é então se passar a nova compreensão da legalidade administrativa.

2.2 A legalidade administrativa em discussão

O ideário circundante da legalidade administrativa preconiza que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e as exigências do bem comum e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e se sujeitar às responsabilidades administrativa, cível e penal, conforme for o caso (MELLO, 2004). Na clássica dicotomia sobre o princípio da legalidade (MEIRELLES, 2004), tem-se que, enquanto ao particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, para a Administração Pública só se é permitido fazer o que a lei autoriza, sendo esse precisamente o sentido da legalidade administrativa.

Com o surgimento do pós-positivismo, na perspectiva neoconstitucionalista já referida, é necessário reaver esse paradigma para que a atuação do administrador público não esteja balizada apenas na lei, mas também na Constituição,

implicando em uma vinculação à juridicidade da Administração Pública (BINENBOJM, 2004). Característica não apenas do neoconstitucionalismo, mas também do próprio Estado Democrático de Direito, a legalidade administrativa passa, então e por conseguinte, a se constituir apenas em um princípio do sistema de princípios e regras constitucionais.

Portanto, a Constituição, entendida como um sistema de regras e princípios, e não mais a lei, a qual deixa de ser o fundamento único e último da atividade administrativa, passa a se situar no cerne da vinculação administrativa à juridicidade, em que a atuação da Administração Pública estará em conformidade com o direito como um todo, e não apenas com a lei. À guisa de conclusão e mais uma vez com Binjenbojm (2008), talvez o mais importante aspecto dessa constitucionalização do Direito Administrativo seja a ligação direta da Administração Pública aos princípios constitucionais, vistos estes como núcleos de condensação de valores (CANOTILHO, 1991). Compreendida então a ideia da ligação não somente à lei, mas à Constituição, do princípio referido, pode-se então tratar do último princípio na singela ordem proposta nesse artigo e um dos mais controvertidos em sede de Direito Administrativo: a discricionariedade administrativa.

2.3 A polêmica sobre a Discricionariedade Administrativa e a sua nova concepção vinculada aos princípios constitucionais

A discricionariedade administrativa advém da vinculação negativa à lei, ou seja, nos espaços decorrentes da norma. Assim, a Administração Pública pode usar de sua discricionariedade, em sua livre autonomia, decorrente de uma “*delegação consciente*” em todos aqueles casos em que a lei não tenha disciplinado de forma vinculada, atuando, dessa forma, no

espaço livre da lei, pelo tradicional binômio “oportunidade\conveniência” (DI PIETRO, 2007).

É neste espaço legislativo que a discricionariedade administrativa está perdendo legitimação diante dos valores esculpados na Constituição de 1988. Nesse contexto, Gustavo Binbenojm (2006) caracteriza a discricionariedade como um espaço carecedor de legitimação, em que, ao invés de um campo de escolhas puramente subjetivas a cargo do administrador, é adotado um campo de fundamentação dos atos e políticas públicas elencadas dentro dos parâmetros jurídicos estabelecidos na Constituição e na lei.

Nessa perspectiva, a clássica divisão entre atos administrativos vinculados (vinculação positiva à lei) e atos administrativos discricionários (vinculação negativa à lei) perde autenticidade, arvorando-se assim a perspectiva de diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade, posto que (BINENBOJM, 2008, p. 16)

a discricionariedade não é, destarte, nem uma liberdade decisória externa ao direito, nem um campo imune ao controle judicial. Ao maior e menor grau de vinculação do administrador à juridicidade corresponderá, via de regra, maior ou menor grau de controlabilidade judicial dos seus atos. Não obstante, a definição da densidade do controle não segue uma lógica puramente normativa (que se restrinja a análise dos enunciados normativos incidentes ao caso), mas deve atentar também para os procedimentos adotados pela Administração e para as competências e responsabilidades dos órgãos decisórios, compondo a pauta para um critério que se poderia intitular de jurídico-funcionalmente adequado.

Assim sendo, as situações jurídico-administrativas postas diante do administrador público que não possuem parâmetros objetivos para uma atuação segura do Poder Judiciário, devido à alta complexidade técnica, tem uma clara e verificada tendência em se revestir de um controle menor. Paralelamente a isso, nos casos onde a atuação do administrador público estiver restringindo direitos fundamentais, o controle judicial sobre o ato será maior. Nesse espectro, alerta ainda Binenbojm (2008) que as ponderações feitas pelo administrador (ou mesmo as do legislador) na conjugação entre interesses coletivos e direitos fundamentais, que se revelem desproporcionais ou não razoáveis, serão objeto de avaliação pelo Poder Judiciário, o qual terá a faculdade de proceder, se for o caso, à sua invalidação.

Diante dessa conjuntura e de suas implicações, Sergio Guerra (2010) critica a escolha discricionária adotada pelo Direito Administrativo no pós-positivismo. Ratifica o referido autor que o binômio clássico da discricionariedade, “oportunidade/conveniência”, não mais se apresenta compatível com os casos complexos submetidos à regulação estatal, de tal monta que devem ser sopesados, para além do disposto em regras, os custos e os benefícios para a solução de conflitos sociais distributivos.

Algo que importa destacar ainda nessa ordem de ideias acerca da discricionariedade administrativa é a mutação jurisprudencial ocorrida em torno do ato vinculado e do ato administrativo (MOREIRA NETO, 2014). Verifica-se na atualidade que, o que antes ficava a cargo da Administração Pública para que a mesma praticasse atos administrativos de acordo com a sua oportunidade e conveniência, se transmuda em mais uma nova perspectiva de atuação, como a questão, a título de exemplo na jurisprudência pátria, dos aprovados em concurso público de provas e títulos que teriam apenas

mera expectativa de direito à nomeação. Nos últimos tempos, o Poder Judiciário veio reconhecendo ser tal ato vinculado ao ato de nomeação. Desta sorte é que, em julgamento anterior (fins da década de 1990) do Superior Tribunal de Justiça (STJ) atinente ao caso do resp 93.428/BA, Rel. Min. Vicente Leal, DJ 21/10/1996, havia o límpido entendimento no sentido de que candidatos aprovados em concursos públicos tinham apenas mera expectativa de direito, salvo se não houvesse observância, por parte da Administração, da ordem classificatória.

Nessa ordem de ideias, interessante é constatar que esse mesmo tribunal veio a alterar completamente o seu entendimento em um julgado posterior, datado de início dos anos 2000 do presente século, sobre a mesma matéria. Entendeu então o tribunal que a Administração Pública está vinculada a nomear candidatos aprovados no certame dentro do número de vagas estabelecidas no Edital, conforme se verifica do RMS 31.611/SP, Rel. Min. Humberto Martins, DJ 04/05/2010.

Nota-se claramente e de modo extremo de dúvidas, portanto, que um ato administrativo que antes era discricionário, na atualidade é entendido como vinculado, de sorte então que não reside mais juízo de oportunidade e conveniência da Administração Pública e sua efetiva concretização (SARMENTO, 2005). Efetivamente e consoante à doutrina referenciada nesse artigo, é esse o início de um novo modelo conceitual para o controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário no Direito Administrativo, com o firme escopo de pôr término às inçadas controvérsias a respeito das quais ainda não se produziu, doutrinariamente, um consenso significativo.

Todavia, importa ressaltar a essência do Estado Democrático de Direito na direção de que, ao Poder Judiciário, não lhe é lícito invadir sempre e de forma absoluta a esfera de atuação administrativa, pois isso constituiria uma pena de grave ofensa à separação de poderes. É sob esse juízo ponde-

rativo e do equilíbrio que se conclama ao Poder Judiciário que exerça um controle a menor grau (BARROSO, 2007), naqueles casos de maior relevo político e técnico da matéria, feitos por órgãos dotados de expertise e experiência ou por agente eleitoralmente legitimado.

Por fim e considerando todo o exposto, veja-se que o mérito como núcleo do ato administrativo, que antes era (consoante a tradicional lição doutrinária) intocável pelo Poder Judiciário, passa a sofrer a incidência direta e imediata dos princípios constitucionais. Isto posto, ao invés de uma dicotomia em moldes tradicionais – ato vinculado e ato discricionário – já superada como visto, passa-se hoje a uma classificação em graus de vinculação à juridicidade.

Concluindo essa linha de pensamento, assenta Gustavo Binbenbojm (2006, p. 210):

Como se vê, essa principalização do direito brasileiro acabou por aumentar a margem de vinculação dos atos discricionários à juridicidade. Em outras palavras, essa nova concepção de discricionariedade vinculada à ordem jurídica como um todo, trouxe a percepção de que não há diferença de natureza entre o ato administrativo vinculado e o ato administrativo discricionário, sendo a diferença o grau de vinculação. Se os atos vinculados estão amarrados à letra da lei, os atos discricionários, por sua vez, estão vinculados diretamente aos princípios.

Considerações finais

O Direito e as categorias e institutos jurídicos de uma forma geral, passam, na atual conjuntura, por um momento histórico de revisão de dogmas, em que conceitos e valores

antigos, sobretudo inspirados na Revolução Francesa (como a forma de organização administrativa do Estado), ainda que não tenham sido de todo abandonados, passaram por um giro hermenêutico crucial com a instituição do Estado Democrático de Direito mediante novas ideologias e valores, o que reputa como absolutamente indispensável que haja uma adequação de determinados institutos do Direito, especialmente do Direito Administrativo, no recente contexto do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo.

Por todo o exposto, evidencia-se como um fato inconteste, na seara do Direito Administrativo pátrio, que certos e determinados paradigmas principiológicos, como o princípio da supremacia do interesse público, a legalidade administrativa e a discricionariedade através binômio “oportunidade/conveniência”, se antes eram pacíficos na doutrina e bem considerados como luminares modernos do direito no que tangia à Administração Pública, hoje, tais institutos já não mais podem ser aplicados sem que sofram uma verdadeira releitura à luz dos valores constitucionais.

Com esteio na moderna doutrina apresentada, não seria um arroubo teórico afirmar que o Direito Administrativo está em crise, pelo que há uma carência de fórmulas a determinados institutos que venham a trazer respostas objetivas a essa nova era de constitucionalização de direitos fundamentais.

Portanto, ao fim e ao cabo do presente artigo, fato é que a referida constitucionalização do Direito Administrativo preconiza a irradiação de ideais e valores contidos nos princípios e regras da Constituição. Nesse desiderato, pesquisadores da matéria, sem ainda um consenso, empreendem investigações e expõe ideias e alternativas, mas todos com um uníssono objetivo, que é estabelecer um novo modelo para o Direito Administrativo que seja efetivamente adequado à nova ordem constitucional.

Referências bibliográficas

ALEXY Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)**. In: _____ (Org.). A nova interpretação constitucional – Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil)**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 01 de maio de 2014.

BINENBOJM, Gustavo. **A Nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 2º ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BINENBOJM, Gustavo. **Temas de Direito Administrativo e Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. São Paulo: Ícone, 1995.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp 93.428/BA, Rel. Min. Vicente Leal, DJ 21/10/1996, p. 40305, Brasília, DF, 21out. 1994.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 27.311/AM, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 4.8.2009, DJe 8.9.2009, Brasília, DF, 04 ago. 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade Administrativa – Críticas e Propostas**. Revista Eletronica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 21, janeiro/fevereiro/março de 2010. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-21-JANEIRO-2010-SERGIO-GUERRA.pdf>. Acesso em: 01 de maio de 2014.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 29. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultado**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

SARMENTO, Daniel. (org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

Aspectos jurídicos do ensino domiciliar no Brasil

Danilo Valdir Vieira Rossi

Introdução

Os direitos humanos representam uma unidade indivisível de direitos fundamentais que possuem como objetivo conferir dignidade aos indivíduos. Nada obstante a sua recorrente classificação em categorias,¹ definindo direitos civis e políticos como direitos de primeira geração, direitos sociais como direitos de segunda geração, e direitos culturais e econômicos como direitos de terceira geração, são interdependentes, e somente realizam plenamente sua função quando

1. A divisão dos direitos humanos em gerações teria sido proposta pelo jurista Karel Vasak, que a ela já se referia em 1977, tendo se tornado popular no direito pátrio. Entretanto, leva à falsa impressão de que os direitos de uma geração suplantariam os de outra, ou que teriam eles importância diferenciada. Cf. Vasak, Karel. *Human Rights: A Thirty-Year Struggle: the Sustained Efforts to give Force of law to the Universal Declaration of Human Rights*. In: *UNESCO Courier* 30:11. Paris: United Nations Educational, Scientific, and Cultural Organization, 1977.

implementados em conjunto (ROSSI, 2010). Esse é o entendimento que depreendemos do preâmbulo do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos:

o ideal do ser humano livre, no gozo das liberdades civis e políticas e liberto do temor e da miséria, não pode ser realizado a menos que se criem condições que permitam a cada um gozar de seus direitos civis e políticos, assim como de seus direitos econômicos, sociais e culturais.²

O direito à educação insere-se no rol dos direitos fundamentais elencados pela Constituição da República de 1988, que a ele se refere extensivamente, conferindo-lhe, dada sua proeminência, aplicação imediata. Desta forma, e em seção própria, os artigos 205 a 214 da *magna carta* delineiam desde princípios orientadores até regras específicas de execução.

A importância do direito à educação avulta-se ao ponto de ser um exemplo categórico da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, sendo ele a base para o exercício de todos os demais direitos fundamentais. A sua implementação é condição *sine qua non* para o exercício da cidadania e para o acesso aos demais direitos, como a moradia, saúde e trabalho (UNESCO, 2008). O seu caráter multifacetado é delineado em preciosa passagem da Professora Nina Ranieri, ao declarar que a educação

é direito fundamental social, é direito individual e também direito difuso e coletivo, de concepção regida pelo conceito da dignidade humana. É igualmente dever fundamental. Os seus titulares e os sujeitos

2. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

passivos são, simultaneamente, uma coisa e outra.
(RANIERI, 2013:55)

Por sua vez, o exercício pleno da cidadania não se concebe sem um cidadão instruído, possuidor de senso crítico apurado, e que tenha capacidade para atuar de forma consciente na arena política. Os direitos políticos, na falta dos demais direitos fundamentais, pode converter os indivíduos em massa de manobra, objeto de mero joguete eleitoral. Por esses motivos, entendemos ser crucial a implementação de uma educação de qualidade como condição de acesso aos direitos políticos, culturais e econômicos. Reconhecendo a sua preponderância, Carlos Cury afirma que

não é sem motivo que a Educação, em nossa Constituição, aparece como o primeiro dos direitos sociais sendo também direito político e direito civil. Ela é tão importante que se vê cercada de proteção jurídico-constitucional como a do direito público subjetivo (CURY, 2013:104).

Reconhecida sua importância basilar no desenvolvimento de uma democracia de qualidade, tanto a legislação constitucional quanto a ordinária determinam a obrigatoriedade e a gratuidade da educação básica. São inúmeros os diplomas que tratam da matéria, como a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB), Lei n.º 9.394/96, que, em seu artigo 6º, afirma ser obrigação dos pais, ou responsáveis legais, efetuar a matrícula das crianças a partir dos quatro anos de idade. No mesmo sentido é a determinação do artigo 55 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei n.º 8.069/90, sendo ainda mais específico o seu artigo 101, III, ao determinar que matrícula e frequência a estabelecimento de ensino oficial são obrigatórias.

Temos, desta forma, em sua caracterização como direito-dever fundamental, a ser recebido pelo aluno de forma obrigatória e gratuita, a dimensão do valor emprestado pela legislação pátria à educação. Ela é a base da formação do indivíduo, não apenas do ponto de vista institucional e instrucional, formando-o para o mundo do trabalho, mas também do ponto de vista de formação pessoal, enquanto indivíduo, dotado de particularidades, preparando-o para a vida em sociedade.

Uma modalidade diversa daquela provida pelos estabelecimentos oficiais de ensino é a educação domiciliar, na qual os pais educam seus filhos de forma livre, diretamente ou através de tutores, fora do ambiente escolar. Contudo, a partir da interpretação literal dos artigos 55 e 101, III, da Lei n.º 8.069/90, e do artigo 6º, da Lei n.º 9.394/96, somos levados à conclusão de que esse tipo de ensino, em franco desenvolvimento mundo afora, seria proibido no Brasil, nada obstante as controvérsias jurídicas suscitadas, tanto pela doutrina, como pelos tribunais, conforme acórdão do Superior Tribunal de Justiça, proferido no mandado de segurança no. 7.407 – DF.

1. Ensino Domiciliar no direito comparado

O termo educação domiciliar designa uma forma de educação alternativa, geralmente executada diretamente pelos pais aos seus filhos, em um ambiente fora do contexto escolar. Esse movimento tem crescido e ganhado importância a partir do fim dos anos 1980.

O ensino domiciliar surge como alternativa em um contexto de descrença dos pais quanto ao tipo de escola e de ensino que desejam para seus filhos. São diversos os motivos alegados para a adoção. Seus defensores afirmam que o ambiente escolar não possuiria disciplina e moral rígidas como gostariam,

que o ensino seria de baixa qualidade e/ou muito laico, que o ensino regular estaria associado a uma violência crescente, em um ambiente de sexualidade exacerbada, e com grande uso de substâncias entorpecentes, fatores que estariam afetando de forma negativa o desenvolvimento psicossocial das crianças.

Ainda que se trate de fenômeno pouco debatido no Brasil, é a modalidade de ensino que mais cresce em diversos Estados. Em virtude de ser uma prática não reconhecida pelo ordenamento jurídico pátrio, e, supostamente revestida de ilegalidade, os adeptos desse tipo de ensino são muito reservados, sendo desconhecido o número exato de praticantes no Brasil. Nada obstante a incerteza quanto à quantidade de alunos do *homeschooling*³, é certo que projetos de lei que visam a sua regulamentação vem sendo reiteradamente propostos e debatidos pelo Congresso Nacional.

Embora legalizado em Estados diversos, o ensino domiciliar encontra sua maior expressão naqueles de origem anglo-saxônica. Assim, a maior parte das crianças e jovens que estudam em casa reside em Estados de língua inglesa, como Austrália, Canadá, Nova Zelândia, Reino Unido e Estados Unidos, muito embora ele também seja legalizado e praticado em diversos outros, como Itália, França, Bélgica, Portugal, China, além dos sul-americanos Peru e Colômbia.

Por outro lado, ainda que seja permitido e regulamentado pela legislação de vários Estados, o ensino domiciliar é expressamente vetado em outros, sendo exemplos a Alemanha e a Suécia, que sujeitam os pais ou responsáveis adeptos dessa modalidade à severas punições, com penas que podem chegar à perda do poder familiar ou à prisão.

3. Termo em inglês que designa o ensino domiciliar.

2. Ensino domiciliar no Brasil

2.1 Legislação constitucional

A obrigatoriedade do ensino básico está inscrita no texto constitucional, artigo 208, sendo o direito à educação disciplinado pelos artigos 205 a 214. Sendo um direito de todos, constitui-se, também, em uma obrigação, tanto do Estado, quanto da família, devendo, ainda, ser fomentado pela sociedade. O professor Kildare G. Carvalho, anota que

a educação ofertada pelo Estado deverá complementar a que foi recebida em casa, com a preparação do ser humano para o exercício da cidadania, educando-o para o trabalho, e oferecendo-lhe uma qualificação voltada para o desenvolvimento da pessoa (CARVALHO, 2003:682).

A educação é condição fundamental para o exercício da cidadania, para o exercício das capacidades individuais, e para o respeito à dignidade dos indivíduos. Nesse sentido, Ranieri afirma que “o direito à educação, corolário da liberdade assegurada pelos Estados Constitucionais Democráticos, consiste em autonomia moral, mas também autorresponsabilidade na atuação social e política” (RANIERI, 2013:56).

Como consequência, aos indivíduos desprovidos de educação são denegados uma série outra de direitos, os quais são, no mais das vezes, por eles próprios desconhecidos. Segundo o professor José Luiz Quadro de Magalhães,

é o direito à educação um dos mais importantes direitos sociais, pois é essencial para o exercício de

outros direitos fundamentais. É a educação instrumento para o direito à saúde e para a proteção do meio ambiente, preparando e informando a população sobre a preservação da saúde e respeito ao meio ambiente. Educação não é apenas o ato de informar. Educação é a conscientização, ultrapassando o simples ato de reproduzir o que foi ensinado, preparando o ser humano para pensar, questionar e criar (MAGALHÃES, 2000:279).

A carta magna, em seu artigo 206, delinea uma série de princípios, afirmando a liberdade de ensino, de pensamento, o saber, o pluralismo de idéias, bem como a coexistência de instituições públicas e privadas de ensino. Segundo Alexandre de Moraes, o direito à escusa de consciência abrangeria qualquer obrigação que conflitasse com crenças religiosas, convicções e políticas (MORAES, 2004:74). Desta forma, nos questionamos se a escusa de consciência não seria razão suficiente para justificar eventual permissão ao ensino domiciliar, hipótese repudiada por Ranieri, ao afirmar que

o imperativo de consciência, na educação, pode se manifestar em face do ensino religioso facultativo, da escolha entre a escola pública e a privada, ou entre diversas convicções pedagógicas, porém jamais pelo atendimento ou não do direito/dever do ensino obrigatório fora da instituição escolar (RANIERI, 2013:82).

Adiante, o artigo 208 determina a obrigatoriedade e a gratuidade do ensino básico, afirmando ser o acesso ao ensino obrigatório e gratuito um direito público subjetivo. Por fim, o

parágrafo terceiro, do mesmo artigo, declara que cabe ao poder público, junto aos pais, zelar pela freqüência à escola.

A constituição de 1988 não cuidou do ensino domiciliar, e nem seria de se esperar que dele tivesse cuidado. A educação em casa, como depreendemos do estudo do direito comparado, começou a ganhar notoriedade e reconhecimento após a década de 1980, portanto, após a sua promulgação. Por outro lado, ainda que determine tanto a obrigatoriedade da educação básica, quanto a fiscalização pelo poder público da freqüência à escola, ela não afasta, ao menos de forma peremptória, a possibilidade do ensino doméstico.

Podemos afirmar que o ensino domiciliar, quando efetivamente prestado, preenche tanto os requisitos da obrigatoriedade da educação básica, quanto da freqüência, pois, *in casu*, a escola é a própria casa, local de presença habitual do educando. Frise-se que a Constituição não se refere a instituição oficial de ensino. Temos, portanto, que o texto constitucional, muito embora não trate desta modalidade de ensino, também não a proíbe.

2.2 Legislação infraconstitucional

Assim como a Constituição, a legislação infraconstitucional também é silente acerca do ensino domiciliar, sem trazer a ele qualquer referência direta. Por outro lado, ao traçar diretrizes, e ao regulamentar de forma mais restrita o direito à educação, dificultou, ainda que de forma indireta, a sua prática.

São dois os principais diplomas relacionados ao tema. O primeiro deles é a Lei n.º 9.394/96, que, em seu artigo 6º, afirma ser dever dos pais ou responsáveis efetuar a matrícula das crianças na educação básica a partir dos quatro anos de idade. Adiante, determina, em seu artigo 32, que o ensino

fundamental, com duração de nove anos, deve ser iniciado aos seis anos de idade e é obrigatório.

O segundo diploma a tratar da temática é a Lei n.º 8.069/90, que, em seu artigo 53, garantiu o direito à educação de crianças e adolescentes, bem como determinou, em seu artigo 55, a obrigatoriedade da matrícula em rede regular de ensino, pelos pais ou responsáveis.

Adiante, o artigo 101, em conjunto com o artigo 98, do referido diploma, define como medida de proteção à criança e ao adolescente, a ser realizada pela autoridade competente, a matrícula e a frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental.

Adiante, o artigo 129, V, determina, como medida a ser aplicada aos pais e responsáveis, o dever de matricular e acompanhar frequência e rendimento escolar dos filhos ou pupilos.

Com relação à obrigatoriedade da instrução, encontramos referências tanto no Código Penal, artigo 246, que trata do crime de abandono intelectual, àquele que deixa de prover à instrução primária de filho em idade escolar, quanto no Código Civil, que, em seu artigo 1.740, diz competir ao tutor dirigir a educação do menor.

Temos, por um lado, que a Lei n.º 9.394/96 exige a matrícula das crianças a partir dos quatro anos de idade, sem, contudo, se referir a qual tipo de instituição de ensino, o que, em tese, não impediria a prática do ensino domiciliar.

Por outro lado, a Lei n.º 8.069/90 é mais restritiva, pois, além de determinar a matrícula, também determina a frequência. Para além disso, determina que ambas, matrícula e frequência, sejam realizadas em estabelecimento de ensino oficial ou em rede regular de ensino.

Contudo, a obrigatoriedade de matrícula em rede oficial de ensino, desacompanhada da necessidade de frequência, em nada obstará a realização do ensino domiciliar. O estudo

do direito comparado nos mostra que vários são os Estados que exigem que o educando em ensino domiciliar seja matriculado na rede regular de ensino, na qual é, eventualmente, submetido a exames periódicos (YURACKO, 2008:123).

Ademais, podemos suscitar uma certa relativização da obrigatoriedade de frequência, tendo em vista que a Lei n.º 8.069/90 apenas faz referência a ela em casos punitivos. Ora, os artigos 98 e 101 determinam que a frequência deve ser obrigatória em três casos, quando medidas protetivas devam ser implementadas. O primeiro ocorre no caso de ação ou omissão da sociedade ou do Estado, o que não é o caso do ensino domiciliar. O segundo, em razão de própria conduta da criança ou adolescente, o que também não seria uma consequência do ensino domiciliar, especialmente por se tratar, via de regra, de uma decisão dos pais ou responsáveis. E, em terceiro, ante a falta, omissão ou abuso dos pais ou responsáveis, o que também não nos parece ser o caso, pois aqueles que provêm a educação domiciliar agem no sentido oposto ao da falta, da omissão ou do abuso de direito, propiciando meios, despendendo tempo e dinheiro em busca de uma melhor educação para seus filhos.

No mesmo sentido é a previsão do artigo 129, que prevê a frequência como forma punitiva, em parte intitulada “das medidas pertinentes aos pais ou responsáveis”, ao lado de outras como encaminhamento a tratamento psicológico, advertência, e perda da guarda.

O tema não é desconhecido de nossos legisladores, uma vez que apresentaram proposta de emenda à Constituição, PEC 444/2009⁴, bem como sucessivos projetos de lei, PL n. 6.001/2001, PL n. 6.484/2002, PL n. 3.518/2008, PL n. 4.122/2008, PL n. 3.179/2012, além de terem debatido nos SUG 60/2013, REQ 159/2012, REQ 198/2012, REQ

4. Em tramitação.

4.934/2012, ainda que de maneira tímida, a regulamentação do ensino domiciliar no Brasil.

2.3 Mandado de Segurança nº 7.407 DF – STJ

No judiciário brasileiro, o ensino domiciliar foi tema do mandado de segurança nº 7.407 DF STJ. A segurança foi denegada a um casal que pretendia educar os seus filhos em casa, pela falta de direito líquido e certo.

A maioria dos ministros, ainda que reconhecendo o empenho dos pais em buscar uma educação superior aos seus filhos, fato que se comprovou cabalmente nos autos, entendeu que, diante da exigência legal de matrícula e frequência em estabelecimento de ensino regular, inexistiria direito líquido e certo que amparasse a pretensão.

Em seu voto, o relator, Ministro Francisco Peçanha Martins, enfatizou também a necessidade de convívio social, declinando que as crianças não pertencem aos pais, não podendo esses, em que pesem suas convicções políticas e filosóficas, deixar de observar os dispositivos legais. Declarou, ainda, como argumento que determinaria a obrigatoriedade do ensino formal, os preceitos dos artigos 129 da Lei n.º 8.069/90, e 246 do Código Penal.⁵

A Ministra Laurita Vaz, em ponderado voto, justificou a vedação ao ensino domiciliar ao reconhecer que o ambiente escolar seria formador do indivíduo enquanto ser que vive em sociedade. Ressaltou, também, a necessidade do ensino ser realizado sob diferentes pontos de vista, o que não seria possível se a educação fosse sempre a mesma, dada pelos pais, o que restringiria o aluno à experiência deles.

5. Sobre a hipertrofia estatal: (Azambuja, 2001, p. 131).

Por sua vez, o Ministro Franciulli Netto afirmou ser a função estatal supletiva, e que a obrigatoriedade do comando legal se daria não aos pais, mas ao Estado, que deveria, fosse o caso, na impossibilidade daqueles, prover a educação das crianças. Aduziu, também, que a determinação de matrícula e frequência referir-se-ia apenas ao ensino tradicional, não sendo aplicável ao ensino domiciliar, não sendo esse vedado pela Constituição. E, declamando a prevalência dos indivíduos e da família face ao Estado, afirmou que

o corolário daí decorrente é o de que, como a responsabilidade primeva da educação dos filhos compete à família e como a família antecedeu o Estado, daí exsurge que ela possui não uma mera faculdade, mas sim um verdadeiro direito.⁶

O Eminentíssimo Ministro suscitou, também, a problemática da interpretação do termo frequência, defendendo que a mesma exigiria habitualidade, mas que essa não poderia ser definida em dias, semanas ou meses, mas, simplesmente, como atos reiterados. Aduziu que interpretar a frequência como diária iria além dos limites constitucionais.

Também na defesa do ensino domiciliar, o Ministro Paulo Medina defendeu a ponderação entre o princípio da liberdade e as diretrizes de nosso sistema educacional, declinando que,

“com efeito, a Constituição erige, como diretriz do sistema educacional, o princípio da liberdade, traduzido na “liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber” (inc. II, art. 206), em especificação à garantia genérica

6. Acórdão: Mandado de segurança n° 7.407 DF STJ.

da liberdade, assegurada no *caput* do art. 5o, aliada à liberdade, o ordenamento constitucional assegura a coexistência ou pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas e de instituições públicas e privadas de ensino (inc. III, art. 206)".⁷

Aduz, ainda, que a determinação constitucional do artigo 208, determinando a obrigação estatal de zelar pela frequência, seria no sentido de cuidado e proteção, e não de imposição. Afirmo, ainda, que a legislação infraconstitucional deve se coadunar aos mandames constitucionais, e que, desta forma, não poderia restringir direitos fundamentais.

Ao fim, vencidos os Ministros Franciulli Netto e Paulo Medina, entendeu a Egrégia Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça pela impossibilidade de se adotar o ensino domiciliar, ao menos em sede de mandado de segurança, dada a falta de previsão legal.

3. Teoria do melhor interesse da criança.

A Constituição, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, além dos Códigos Civil e Penal, trazem previsões acerca da obrigatoriedade da educação para as crianças e adolescentes. Muito se debate sobre a importância da educação para a formação dos jovens enquanto cidadãos, e do quanto o desenvolvimento do próprio Estado dela depende. Nesse sentido, a professora Monica H. S. Caggiano afirma que,

vislumbra-se o direito à educação com conteúdo multifacetado, envolvendo não apenas o direito à instrução como um processo de desenvolvimento in-

7. *Ibidem*.

dividual, mas, também o direito a uma política educacional, ou seja, a um conjunto de intervenções juridicamente organizadas e executadas em termos de um processo de formação da sociedade, visando oferecer aos integrantes da comunidade social instrumentos a alcançar os seus fins (CAGGIANO, 2009:23).

Nesse sentido, temos que a legislação pátria despendeu extremo cuidado ao tentar se certificar que as crianças não deixariam de frequentar os bancos escolares. Esse tratamento, de obrigatoriedade de matrícula e frequência à escola, decorre de um contexto histórico de grande evasão escolar, bem como de falta de vagas para todos os que deveriam estudar. Desta forma, a obrigação da matrícula seria, ao mesmo tempo, um dever imposto aos pais, para evitar a evasão, e ao Estado, para criar as vagas necessárias.

No entanto, a interpretação das leis não se deve fiar em suas duras e estanques letras. A letra morta da lei por certo não é capaz de acompanhar uma sociedade que evolui a passos cada vez mais largos. É preciso que se busque o sentido primevo das leis constitucionais fundadoras de nosso ordenamento jurídico, pois ao passo que a interpretação gramatical as torna obsoletas, a interpretação teleológicas as coloca em condições de responder aos anseios atuais de justiça.

Dito isso, entendemos que o objetivo do legislador constitucional era impedir que as crianças brasileiras fossem privadas de uma formação básica para o exercício da cidadania. Sendo a educação direito básico e condição para o exercício de tantos outros, todos, sem exceção, deveriam ser educados. Temos, portanto, que o objetivo maior é a educação do indivíduo, independentemente do meio através do qual ela seja ofertada.

Nada obstante o objetivo de educar uma criança possa ser alcançado através do ensino domiciliar, muito se questiona acerca da eficácia desse tipo de educação na formação pessoal do indivíduo, além de sua capacidade de transmitir valores sociais. Nesse sentido, a professora Ranieri afirma que

o nexu entre o indivíduo e a participação na vida coletiva e no espaço público requer a transmissão formal, a cada geração, de todo um conjunto de valores e princípios de extração democrática, por meio do ensino escolar. É o que se extrai, repetimos, do art. 3o, mas também do art. 1o da Constituição Federal, nos quais estão patentes, sobretudo, a soberania popular, a cidadania, a dignidade humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político (RANIERI, 2011:10).

Afirma, ainda, que a concretização dos fundamentos do direito de cidadania se daria, de forma completa, no espaço público, sendo, portanto, o ambiente escolar fundamental para a formação do indivíduo enquanto cidadão (RANIERI, 2011:10).

Como fatores negativos associados ao ensino domiciliar, podemos citar a possibilidade de isolamento da criança do mundo e da sociedade (MEDLIN, 2000:107). Existe a possibilidade que ele possa ser utilizado com o objetivo de segregação, de criação de sociedades paralelas. Pode, também, impedir que a criança tenha experiências com outras, e que tenha uma visão plural, derivada de diferentes experiências e crenças de diversos professores. Para além disso, poderia esconder, em um Estado que ainda convive com a miséria e com o trabalho infantil, situações em que seria usado como artifício para camuflar o desejo dos pais de descumprir uma

obrigação que lhes é constitucionalmente imposta, qual seja, a de prover a educação de seus filhos.

Contudo, apenas o caso concreto poderá dizer se o ensino domiciliar é benéfico ou não para determinado educando. Ao mesmo passo que afirmamos não haver vedação constitucional ao ensino domiciliar, não acreditamos em sua permissão automática e indiscriminada. Isto é, a decisão que o permita, seja pela via judicial ou administrativa, deve sempre ser baseada no melhor interesse da criança.⁸

A permissão abstrata da lei deve encontrar elementos na realidade que comprovem que o ensino domiciliar não apenas cumpre os objetivos constitucionais, mas que o faz de forma superior ao ensino formal. É preciso comprovar que o ganho para o educando, na situação fática, é maior do que a possível perda por não freqüentar a pluralidade do ambiente escolar.

No caso analisado pelo mandado de segurança n° 7.407, restou clara não apenas a capacidade dos pais em fornecerem um ensino de excelente qualidade aos seus filhos, mas também a superioridade desse ensino com relação ao ensino formal. Para além disso, também restou comprovada que a interação social das crianças não esteve em momento algum prejudicada, tendo em vista a grande quantidade de atividades “extra-curriculares” por elas desempenhadas.

Os votos dos Ministros Netto e Medina, bem como o parecer favorável do Subprocurador-Geral da República, Antônio Augusto César, refletiram uma interpretação contemporânea e teleológica do texto constitucional, e carregavam em si um maior senso de justiça para a família, ao ponderar como mais valiosos os direitos e liberdades individuais.

8. Sobre a busca pelo melhor interesse da criança: (CAGGIANO, 2011, p. 27) e (RUSSO, 2011).

A denegação da segurança se ateve ao silogismo clássico, impedindo, em um caso que se tornaria paradigmático, uma ampla discussão acerca das possibilidades e limites do ensino domiciliar. É certo que uma decisão de tal porte carrega em si, além de um conteúdo jurídico, uma carga político. Da mesma forma, é de se entender que a apreciação de centenas de casos desse tipo demandariam ainda mais esforços de um já cansado Poder Judiciário. No entanto, preferimos nos fiar às palavras do Ministro Franciulli Neto:

não há, pois, razão de temer que a solução deste caso crie precedentes, uma vez que a sentença compõe litígios para casos concretos. Se outras famílias apresentarem condições iguais ou assemelhadas à família dos impetrantes, ao invés de temer-se o precedente, deve-se enaltecê-lo.⁹

Considerações finais

O debate doutrinário, bem como a possibilidade de regulamentação do ensino domiciliar, é um tema recente, e que tem ganhado importância nas duas últimas décadas. Em uma sociedade globalizada, ao passo que sua popularidade aumenta, crescem os seus adeptos mundo afora.

O número de estudantes no ensino domiciliar é desconhecido no Brasil, mas, dada a sua evolução em outros continentes, é de se imaginar que seja crescente. E, em consequência da inexistência de regulamentação, a situação desses alunos se torna precária. Ainda que em pequeno número, existem casos de pais que foram demandados judicialmente, e que sofreram sanções por ensinarem seus filhos em casa.

9. Acórdão: Mandado de segurança n° 7.407 DF STJ.

Além disso, em sendo considerado ilegal, ou mesmo inexistente, cria-se uma grande insegurança jurídica para esses educandos, por exemplo, em relação à possibilidade de obterem um diploma, ou de terem acesso a universidades.

A questão é controversa, sendo que os argumentos a favor e contra levam a um apaixonante debate. Todavia, enquanto alguns Ministros do Superior Tribunal de Justiça se manifestaram afirmando inexistir previsão legal para o ensino domiciliar, outros se manifestaram no sentido de não existir vedação constitucional ao mesmo.

Desta forma, conquanto o debate fique no campo da inexistência de permissão, ou da ausência de proibição, temos como conclusão que o ensino domiciliar não é proibido pelo ordenamento pátrio, pendendo sua aplicação de regulamentação ou de autorização judicial.

Por outro lado, aqueles que entendem ser obrigatório o ensino formal, de acordo com a sua interpretação da Constituição, o fazem com base em argumentos sólidos, mas que privilegiam o Estado e a coletividade frente ao indivíduo, em detrimento de uma teoria mais garantista das liberdades individuais.

Em qualquer dos casos, seja decorrente de lei que o permita, seja através da via judicial, acreditamos que a sua concessão deva se dar a partir da análise individual, caso a caso, segundo o melhor interesse da criança envolvida, que deverá, com o ensino domiciliar, ter um ganho maior do que aquele que teria no ensino formal.

Por fim, em um tempo em que se procura melhorar a qualidade tanto da educação, quanto da nossa democracia, devemos analisar a fundo os possíveis benefícios do ensino domiciliar, dada a sua alegada superioridade frente ao ensino formal.

Referências bibliográficas.

- AURINI, Janice, Davies, Scott. *Choice Without Markets: Homeschooling in the Context of Private Education*. In: *British Journal of Sociology of Education*, London: Taylor and Francis, 2005, vol. 26, no. 4, pp. 461-474.
- AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 41 ed. São Paulo: Globo, 2001.
- CAGGIANO, Monica H. S. A Educação. Direito Fundamental. In: Ranieri, Nina Beatriz Stocco (coord.). *Direito à Educação: Aspectos Constitucionais*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2009.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional Didático*. 9 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- CURY, Carlos Roberto Jamil. Do direito de aprender: base do direito à educação. In: ABMP, Todos pela educação (org.). *Justiça Pela Qualidade na Educação*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 104-116.
- HORTA, José Luiz Borges. *A educação nas constituições brasileiras*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1999.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadro de. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.
- MENEZES, Luiz Carlos. *Educação Domiciliar: uma negação da escola*. Nova Escola, edição 254, 2012. Disponível em: [<http://revistaescola.abril.com.br/gestao-escolar/educacao-domiciliar-negacao-escola-700358.shtml>]. Acesso em 27.04.2013.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

PETRIE, Amanda J. *Home Educators and the Law Within Europe*. In: *International Review of Education*. London: Springer, 1995, vol. 41, no. 3/4, pp. 285-296.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco (coord.). *Direito à Educação: Aspectos Constitucionais*. São Paulo: Editora do Universidade de São Paulo, 2009.

_____. O Direito Educacional no Sistema Jurídico Brasileiro. In: ABMP, Todos pela educação (org). *Justiça Pela Qualidade na Educação*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 55-103.

ROSSI, Danilo Valdir Vieira. *Towards Inclusive Democracies: Non-Nationals and Political Rights*. In: *Vienna Journal on International Constitutional Law*, 2010, vol. 4, Issue 3, pp. 498-558.

RUSSO, Charles J. *Is Home Schooling ‘in the Best Interests of the Child?’ The Supreme Court of New Hampshire Answers – Not When Divorced Parents Disagree!* In: *Private School Monitor*, 33, n. 2, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

UNESCO. *The Right to Education*. Paris: Unesco Education Sector, 2008. Disponível em [<http://unesdoc.unesco.org/images/0016/001612/161200e.pdf>]. Acesso em: 01.05.2013.

VASAK, Karel. *Human Rights: A Thirty-Year Struggle: the Sustained Efforts to give Force of law to the Universal De-*

claration of Human Rights. In: *UNESCO Courier* 30:11. Paris: United Nations Educational, Scientific, and Cultural Organization, 1977.

YURACKO, Kimberly A. *Education off the Grid: Constitutional Constraints on Homeschooling*. In: *California Law Review*, vol. 96, No. 1. California: 2008, pp. 123-184.

O neoconstitucionalismo e a (nova) arquitetura constitucional

Elson Pereira de Oliveira Bastos e Jaime Leônidas Miranda Alves

1. O advento do pós-positivismo como aporte filosófico do neoconstitucionalismo

Acerca do marco filosófico que possibilitou pensar, sob novas bases, o Direito Constitucional, tem-se que muito se deve ao advento das teorias próprias do pós-positivismo jurídico.

Sobre o pós-positivismo, que tem dentre seus precursores Robert Alexy e Ronald Dworkin, consigna-se que foi o responsável por apresentar uma nova resposta aos paradigmas até então postos ao Direito – o jusnaturalismo e o positivismo.

A esse respeito, o pós-positivismo traz em seu bojo a construção de um “conjunto difuso e abrangente de ideias” (BARROSO, 2005, p.5), em oposição a modelos aos puros antevistos.

Tendo em vista que o pós-positivismo leva como pressuposto a aglutinação de valores jusnaturalistas e positivistas,

necessário se faz tecer breves comentários acerca dessas propostas jurídicas.

Acerca dos contornos epistemológicos que tangenciam o conceito de direito natural – ou jusnaturalismo – é certo que há verdadeira separação de significações, sendo possível enxergar, dentro da escola jusnaturalista, duas grandes vertentes. Nesse contexto, percebe-se a existência de i) um direito natural como manifestação de um poder divino sob o povo e; noutro sentido, ii) como aquele direito inerente à pessoa humana. A esse respeito, Bobbio menciona que, afinal, trata-se de um “direito natural de conteúdo variável” (1997, p. 25).

Aristóteles compreendia o direito natural como conjunto axiomático de princípios universal, existentes independentemente da vontade humana, de modo que “da justiça política, uma parte é *natural*, a outra é *legal*. A natural tem em qualquer lugar a mesma eficácia, e não depende das nossas opiniões; a legal é, em sua origem, indiferente que se faça assim ou de outro modo”; uma vez estabelecida, deixa de ser indiferente (ARISTÓTELES, 1992, p. 102).

Com efeito, ancorado na lição de Bobbio (1997, p. 33), é lícito observar que, num primeiro momento, o direito natural se consubstancia em teoria universalista. Para seus defensores, o jusnaturalismo estaria em vigor em qualquer lugar, sendo que a carga semântica de seus postulados se formaria a partir da construção de ideias em sociedade, tendo como parâmetro a interpretação com base na equidade. Nesse sentido é a clássica lição de Aristóteles (1992, p. 118): “Se há, então, para as ações que praticamos, alguma finalidade que desejamos por si mesma, sendo tudo mais desejado por causa dela, e se não escolhemos tudo por causa de algo mais [...] evidentemente tal finalidade deve ser o bem e o melhor dos bens”.

Em São Tomás de Aquino, tem-se a consolidação da proposta do jusnaturalismo como manifestação divina que, a toda

sorte, ultrapassa a esfera de criação e disponibilidade do indivíduo. Dialogando com a teoria de São Tomás de Aquino, Bobbio (1997, p. 38) ensina que: “assim como Deus estabeleceu as leis que regulam o movimento dos corpos, determinou as leis que regulam a conduta do homem. A única diferença é que o homem, sendo livre, pode violá-las.” Continuando em Bobbio (1997, p. 38), é certo que o fato das leis serem violados não retira delas a validade; pelo contrário: continuam em vigor, sendo possíveis de serem descobertas, direta ou indiretamente, pelo homem, por meio da manifestação divina.

O que se tem, nesse momento, é um direito natural fundamentado pela moral cristã, que lhe confere suporte jurídico hermenêutico. Nessa toada, hialina a compreensão de que conceito de direito natural já começa a se distanciar daquele firmado por Aristóteles.

Avançando na teoria do jusnaturalismo, tem-se Hobbes (1993), filósofo que, conquanto dedicou-se ao estudo do direito natural, é apontado como um dos percussores do positivismo jurídico. Esse paradoxo aparente é explicado por Bobbio (1997, p.41) para quem, Hobbes não se utiliza do direito natural no afã de liminar o poder civil, mas, noutra espreque, para reforçá-lo. Vale dizer, Hobbes faz uso de meios jusnaturalistas para atingir um fim puramente positivista. Nos dizeres de Hobbes (1993, p. 182):

O dualismo enfrentado por Hobbes consiste justamente em, a partir de uma aspiração empírica fundada no jusnaturalismo, trabalhar o direito natural não como fim em si mesmo, mas sim como meio para criar a lei civil. Ora, o direito natural é aqui compreendido como pressuposto de validade para a positivação de modo que entre o jusnaturalismo e o direito positivo não há, como quer parte da doutrina, oposição material, mas apenas de forma.

É nesse cenário que se divide, para fins didáticos, as escolas jusnaturalistas em clássicas e racionalistas. Diz-se clássica, portanto, a corrente jusnaturalista segundo a qual no direito natural invoca-se leis universais e eternas que, próprias da natureza, regem toda a vida em sociedade. Seria, para fins de comparação, o direito natural segundo Aristóteles, que, conforme lição de Steudel (2007, p. 44) pode ser explicado pela aceitação de que “o universo não é um caos, é um cosmos ordenado, e aí vai alguma ideia de determinismo”.

Nesse diapasão, foi no jusnaturalismo clássico que, a partir de contribuições sofistas, as leis naturais foram opostas ao direito posto. Desta feita, invoca-se o direito natural, como pressuposto de validade, ora para manter o *status quo*, ora como condição de possibilidade de alteração da ordem jurídico-social (STEUDEL, 2007, p. 45). Num sentido diverso daquele esposado pelos sofistas, Platão (1996) compreende que a lei civil não vem como forma de confronto ao direito natural, mas sim como manifestação positivada dos comandos divinos. A lei civil seria, nessa toada, representação a conformação material da vontade divina.

Se o direito natural clássico fundou suas bases na teoria de postulados divinos como regras gerais de conduta, o jusnaturalismo racionalista, como o próprio nome indica, trouxe ao centro da discussão jurídica, a razão humana.

O homem e toda a envergadura das relações sociais passam a convalidar o próprio existir do Direito e, nesse tempo, na medida em que o antropocentrismo passa a justificar o agir jurídico, faculta-se pensar em direito natural ao tempo em que se nega a existência do divino.

Corroborar o exposto a lição de Fernández-Galiano (1999, p. 422) para quem Deus deixa de ser vinculado como fonte da moral e do Direito. A norma deve encontrar seu

fundamento na razão humana, que é autônoma a tudo, inclusive à existência de Deus.

Em razão dessa modificação paradigmática imposta é que o direito natural de cunho racionalista tem papel essencial no processo de construção da cultura dos direitos humanos, na medida em que possibilita empregar um olhar epistemológico segundo o qual os anseios do indivíduo devem prevalecer em relação aos interesses do sistema normativo: *El sujeto y su protección es núcleo central necesario para la comprensión del problema y el elemento unificador último, que comunica a todos los términos usados como sinónimos de derechos humanos* (PECES-BARBA, 2003, p. 23).

Malgrado as evoluções histórico-filosóficas que marcaram o desenvolvimento do jusnaturalismo, é certo que chegou o período no qual seus comandos universais foram preteridos em favor da segurança jurídica e da cientificação do conhecimento, ocorrendo, por conseguinte, a girada positivista.

O positivismo jurídico é tido como uma ruptura ao direito natural e consequência natural do germinar do Direito na condição de ciência. Com efeito, o positivismo buscou sistematizar o direito a partir de um método, de modo que o direito natural deixou de ser considerado inerente à condição de pessoa humana, e necessitou ser transcrito em lei - método escolhido - para que não tivesse esvaída sua normatividade.

Sobre a transição do jusnaturalismo para o positivismo, ensina Bobbio (1997, p. 146) que o câmbio paradigmático não se revelou na essência da regra de direito, mas sim em como esta passou a estruturar; dito de outra forma, o que mudou na passagem do jusnaturalismo para o naturalismo não é a substância, mas sim a forma; o conteúdo da regra de direito continua o mesmo, a distinção repousa no modo como fazê-la: “O estado civil nasce não para anular o direito natural, mas para possibilitar seu exercício através da coação.

O direito estatal e o direito natural não estão numa relação de antítese, mas de integração” (BOBBIO, 1997, p. 146).

O Direito se organizou no século XIX no anseio de se estruturar como uma fonte de conhecimento exato. A ciência jurídica foi sistematizada a partir um método, centralizando-se como reflexo do que era estabelecido pela lei, passando a doutrina e a jurisprudência a ocupar papel secundário, conforme corolário da Escola da Exegese, marcada pelo *fetichismo pela lei*. A respeito da importância do método na formação do positivismo, Streck (2007, p. 166) ensina que o predomínio do método, do dispositivo, da tecnicização e da especialização, redundou em uma cultura jurídica estandardizada, na qual o direito não é mais pensado em seu acontecer. É nesse sentido que o positivismo passa a ser compreendido como “a pretensão de reduzir o Direito a um conjunto sistemático e cerrado de normas positivistas” (GARCIA DE ENTERRA, 1984, p. 17).

O positivismo, com efeito, utilizando-se da doutrina de Conte Comte, segundo a qual, cientificamente, não caberia pensar em conhecimento absoluto, devendo-se, portanto, proceder-se a uma construção do saber a partir de uma investigação fenomenológica dos fatos, afastou a metafísica de seu domínio, tornando-se, a partir daí, “a manifestação intelectual do absolutismo estatal. Nesse sentido tem razão Bobbio quando diz ser o positivismo jurídico a corrente do pensamento jurídico para qual não existe outro direito senão o positivo” (GUSMÃO, 2010, p. 390).

O positivismo, que sob um ponto de vista de manifestação dos tribunais, se organizou na forma de uma Jurisprudência de Conceitos, partia da compreensão de neutralidade valorativa da norma. Dito de outra forma, ao plano da validade jurídica da norma era conferido análise fechada em torno de sua forma, de modo que, sem questionar o teor da

regra de direito perquirida, sendo editada pela autoridade competente e com respeito ao procedimento indicada, era norma exigível e possível de manifestar todos os seus efeitos.

A teoria positivista impunha uma visão legalista do Direito que deveria se manifestar pela discricionariedade do julgador e pela neutralidade da ciência jurídica, sem, contudo, que houvesse subordinação entre a aplicação do Direito aos ditames de uma moral subjetiva. Para os positivistas, “se digo, ‘o todo é maior que a parte’, estou predicando do ‘todo’ o que evidentemente está implícito em seu conceito, sem necessidade de recorrer, para tanto, a qualquer dado da experiência” (REALE, 2008, p. 18).

A crise e decorrente declínio da Escola da Exegese exerceram reflexo direto com a sensação na comunidade jurídica de saturação do legalismo ou positivismo legalista, na medida em que não mais parecia correta “a pretensão de reduzir o Direito a um conjunto sistemático e cerrado de normas positivistas” (GARCÍA DE ENTERRA, 1984, p. 17).

Uma das maiores críticas tecidas ao positivismo diz respeito à pretensão de neutralidade científica que traz como consequência, inexoravelmente, o afastamento entre Direito e Moral, em geral e, Direito e Justiça, em particular, de modo que “volta-se contra a concepção tradicional, tida como indiscutível pela maioria dos juristas, que pressupõe que apenas existe uma única Moral válida – que é, portanto, absoluta – da qual resulta uma Justiça absoluta. A exigência de uma separação entre Direito e Moral, Direito e Justiça, significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente desta Moral absoluta, única válida, da Moral por excelência, de a Moral” (KELSEN, 2006, p. 75). Nesse cotejo, o direito positivista é aquele preocupado com a legalidade, estando a Justiça, portanto, à sua margem e não compondo, portanto, o sistema jurídico.

É com base nessas premissas, que se passou a construir uma teoria que buscava afastar essa pretensão de neutralidade científica do Direito, surgindo, assim, o pós-positivismo.

Conforme ensina Barroso (2005, p.5), a equiparação do Direito à lei (positivismo) começou a se esgotar e decair a partir da derrota dos movimentos fascistas e nazistas, que promoveram a crueldade sobre o manto da legalidade. Com efeito, o pós-positivismo surgiu como proposta de novo pensamento jusfilosófico com o fito de impor limites valorativos ao aplicador do direito, buscando, justamente, corrigir o sistema (FIGUEROA, 2009, p. 201), na medida em que percebeu a sociedade que “se não houver na atividade jurídica um forte conteúdo humanitário, o direito pode servir para justificar a barbárie praticada em nome da lei [...], o legislador, mesmo representando uma suposta maioria, pode ser tão opressor que o pior dos tiranos” (MARMELESTEIN, 2008, p. 10).

Representou o pós-positivismo, nesse contexto, o reencontro da ética e dos valores com o Direito, tendo como premissas: a) buscar empreender uma leitura do direito a partir da moral, sem recorrer a categorias metafísicas; a interpretação e aplicação do Direito a partir de uma teoria da justiça, que contudo não signifique em voluntarismo judicial; c) a construção teórica da força normativa dos princípios, a partir do desenvolvimento de um novo paradigma da relação entre princípios, regras e valores; d) a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e) uma nova teoria dos direitos fundamentais fundada na dignidade da pessoa humana; f) a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica (BARROSO, 2005, p. 5).

De modo didático, se explana as principais distinções entre as propostas de interpretação do positivismo e do pós-positivismo a partir das análises da técnica exegética seus maiores expoentes: Ao discorrer sobre a interpretação da norma jurídica, Hans Kelsen (2006) propôs tese segundo a qual a

norma jurídica possibilitava uma moldura de interpretações cabíveis. Dentro dessa moldura, haveria várias possibilidades, de forma que todo ato que se encaixasse dentro da moldura, estaria conforme o Direito.

Para Kelsen (2006), a interpretação realizada pelo cientista jurídico era aquela que se revela dentro da moldura normativa proposta, ao passo que ao juiz era possibilitado interpretar de acordo com o seu entendimento, decidindo para além do Direito – e da moldura. Essas são as premissas que sustentaram as bases do positivismo jurídico, escola que além de Kelsen – positivismo lógico, possui nomes de relevo, a exemplo de Bobbio – positivismo como método, teoria e ideologia – e Hart – interrelação entre regras primárias e secundárias. Com o positivismo, imperava a noção do Direito como conhecimento científico neutro a valores morais, éticos e sociais, o que não mais se vê adequado frente às catástrofes que essa compreensão pode legitimar. A partir daí, iniciou-se um novo modo de pensar o Direito, porquanto se pretendeu um retorno às aspirações do jusnaturalismo. Nessa nova concepção da ciência jurídica, denominada pós-positivismo, destacam-se os trabalhos de Robert Alexy (2007) e Ronald Dworkin (2008).

O positivismo jurídico se mostrou falho porquanto revelou um modelo sufocante de normas. A tese defendida por Kelsen de ser legítimo ao juiz decidir para além do Direito revela uma discricionariedade incompatível com a necessidade de se tutelar a segurança jurídica. Como resposta, Dworkin (2008) desenvolve um raciocínio segundo o qual a interpretação do Direito tem como base a integridade. Frente a um *hard case*, deve o Magistrado decidir, não com base na discricionariedade, justamente por não ser ocupar o juiz o centro do Direito.

Noutro giro, deve o juiz a aplicar o Direito no caso concreto, encontrar a solução correta existente. Em uma teoria pós-positiva não cabe mais pensar na figura do Juiz Cronos

– positivista, devorador de argumentos – mas sim no juiz Hércules, aquele responsável por manter uma sociedade de princípios e a integridade do Direito.

Nessa senda, pauta-se o pós-positivismo em decisões coerentes. Questão cara ao pós-positivismo jurídico é a co-generalidade existente entre regras e princípios e o modo de solucionar esse problema, sugerindo Dworkin (2008) e Alexy (2007) respostas conflitantes. Consentânea lição de Dworkin (2008), a distinção entre regras e princípios é de ordem lógica. Para Dworkin (2008), a distinção entre regras e princípios é de ordem lógica, podendo-se distinguir conforme a orientação que cada uma delas oferece ao caso concreto. Para as regras, não cabe pensar em peso; estas são ou não aplicadas – regra do *all or nothing* sob uma perspectiva de validade. Quando se trata de princípios a solução é diversa justamente por não haver catálogo expresso nos ordenamentos jurídicos. Os princípios contrários entre si não são considerados exceção um ao outro, sendo pesados entre si. Para Robert Alexy (2007) a distinção entre princípios e regras se compõe na diferenciação entre duas espécies do gênero norma jurídica.

Provavelmente a questão central dentro da teoria do pós-positivismo jurídico diz respeito à solução dada ao conflito entre princípios no caso concreto. A esse respeito, Alexy afirma serem os princípios mandados de otimização de aplicação *prima facie*. Havendo conflito, É o valor que determinar no caso concreto qual o princípio mais adequado o que, por consequência, ocasiona um esvaziamento normativo do outro princípio. De modo diverso, Dworkin (2008) estabelece que os princípios não devem ser tidos em caráter valorativo, visto ser incabível pensar em um princípio melhor que o outro, mas sim em solução mais jurídica mais adequada, tudo com base na equidade.

Alexy (2007) propõe uma tendência de compreensão axiológica dos princípios, característica típica da jurisprudên-

cia dos valores, ao passo que, para Dworkin (2008), com base na integridade da ciência jurídica, deve-se ater à compreensão deontológica da norma jurídica. Em ambos os casos, todavia, supera-se o modelo sufocante de normas.

Avançando, tem-se que o pós-positivismo, ao buscar resolver o problema da subsunção do direito positivo, promoveu uma reconstrução ética do Direito, porquanto, esgueirou-se numa posição eminentemente empírica, de natureza deontológica – por que daí se falar em ontognoseologia jurídica – valendo-se de processos indutivos construtores de arcabouços teóricos que deram base a uma teoria tridimensional de aplicação do direito (REALE, 2008, p. 319).

De forma a sintetizar o que foi dito a respeito do pós-positivismo, faz-se uso da fórmula de Radbruch (2006, p. 1-11), segundo a qual todo ato de extrema injustiça, ainda que não haja previsão legal ou constitucional nesse sentido, não é direito. Faz-se o necessário comentário de que, mesmo dentre os pós-positivistas não há unanimidade quanto à validade da referida doutrina, considerando por muitos como a corrente “fraca” do pós-positivismo, haja vista que sua aceitação poderia infringir um sistema de insegurança jurídica e crise institucional. O que se tem, todavia, é que as premissas mínimas da fórmula de Radbruch (2006) são coerentes com o sistema que se propõe de modo que descabe pensar em Direito dissociado de Justiça e de valores.

2. O neoconstitucionalismo como fenômeno jurídico e o novo paradigma do direito constitucional

Um dos pilares do neoconstitucionalismo diz respeito à compreensão acerca da força normativa da Constituição. A esse respeito, é certo que o reconhecimento da força nor-

mativa da Constituição veio trazer novas tendências, pois embora existam gradações entre os efeitos dos preceitos constitucionais, todos eles possuem pelo menos uma eficácia mínima, de modo que todas as disposições influenciam na interpretação e integração do ordenamento jurídico.

Como já salientado, até há pouco tempo prevalecia no Brasil a visão de que a Constituição era vista mais como um instrumento ideológico a serviço da classe burguesa. Na Alemanha, Ferdinand Lassale, comparava a Constituição a um mero “pedaço de papel”. Para combater esta posição, Konrad Hesse esboçou sua teoria sobre a “força normativa da Constituição”, que se opõe ao normativismo de Kelsen que, no plano Constitucional, isola a Constituição da realidade social, como ao sociologismo de Lassale, que despreza as dimensões normativas o fenômeno constitucional, que para Hesse é a “vontade de Constituição” (SARMENTO, 2006, p. 54).

Conforme Dantas (2009, p. 21), lembrando lição de Hesse (1991, p. 9), a Constituição pode ser real – quando representa as relações de poder político, social, econômico, cultural... – ou jurídica – constituída pelas normas básicas de organização do Estado e respectivo rol de direitos e garantias fundamentais.

Frente a essa dicotomia, surge ao jurista a indagação de qual constituição – a real ou a jurídica – deve prevalecer no caso concreto. Seguindo a doutrina clássica, notadamente nomes como Lassalle e Jellinek, deveria prevalecer as relações de poder frente ao documento escrito. Tal entendimento, contudo, cambiou sensivelmente com os trabalhos de Hesse que ao trabalhar a questão da eficácia normativa da Constituição, ensinou que as normas constitucionais são possuidoras de aptidão e pretensão de eficácia de modo que, ainda aquelas que dependem de complemento ulterior pelo legislador, exigem respeito e subordinação, funcionando como parâmetro de validade das leis ulteriores.

Nesse diapasão, a força normativa da Constituição representa a pretensão de eficácia das normas constitucionais, devendo ser respeitadas e sendo-lhes garantida a máxima efetivação, como forma de dar cumprimento aos objetivos do constituinte.

É a Constituição, pois, norma jurídica, portanto dotada de obrigatoriedade e coercibilidade, não se configurando como programa ou diretiva fundamental, mas como mandamento a ser cumprido.

A partir do neoconstitucionalismo, passaram os juristas a considerar “a Constituição como uma verdadeira norma jurídica e não como uma simples declaração programática. O novo paradigma jurídico do constitucionalismo parece ser a consequência desta circunstância: os juristas aceitam a normatividade da Constituição.” (STRECK, 2004, p. 96).

Os debates em torno da força normativa da Constituição, com o surgimento da teoria da Constituição dirigente, parecia sugerir um descompasso, porquanto esta prescreve a compreensão de Constituição como um “projeto” (*Entwurf*) em desenvolvimento ou, nas palavras de Canotilho (1982) “[...] a constituição [...] tem a função de propor um programa racional e um plano de realização da sociedade; a lei fundamental [...] tem a função de garantir os princípios jurídicos ou regras de jogo da sociedade estabelecida”.

Em revisão a sua tese, Canotilho (2003), contudo, reconhece que o projeto perseguido pelo constituinte vincula necessariamente o Poder Legislativo que não se desincumbe de perseguir os objetivos pretendidos, sob pena de inconstitucionalidade por omissão.

Desta feita, diverso do que pretende parcela da doutrina, a aceitação da Constituição como dirigente não desvirtua a compreensão de sua força normativa mas, pelo contrário, esta se vê como meio a atingir os planos pretendidos por aquela, na medida em que é por meio da força normativa que

se possibilita a instituição de medidas em prol de garantir a eficácia das normas programáticas.

Teresa Negreiros salienta a importância do reconhecimento da força normativa da Constituição na interpretação e aplicação do direito ao afirmar que a “densificação do conceito de ordem pública a partir dos parâmetros hermenêuticos estabelecidos constitucionalmente não teria sido possível sem a decisiva contribuição da teoria constitucional, que criou instrumentos capazes de garantir à Constituição o *status* de autêntica norma jurídica” (NEGREIROS, 2006, p. 50-51).

Em tempos de neoconstitucionalismo, todavia, a força normativa da Constituição é elevada a outro patamar, na medida em que se consigna que os princípios nela contidos – e não apenas as regras – também são dotados de força vinculante. É dizer, princípios tais como a dignidade da pessoa humana, a isonomia material e a sociabilidade, dentre vários outras, não mais se limitam a orientar, sob um critério de discricionariedade, a atuação do legislador e também do aplicador do Direito mas, noutro giro, determinam, de maneira vinculada, a sua atuação. Em se tratando de princípios constitucionais, desta feita, seu desrespeito não configura mera opção política, mas sim vício de inconstitucionalidade.

Nesse sentido, necessário reconhecer que toda a base teórica do neoconstitucionalismo encontra-se sustentada sob o princípio da dignidade da pessoa humana que, aliado a outros princípios, forma uma rede normativa que erradia eficácia por todo o ordenamento jurídico. Mais que valores, são os princípios espécie da norma jurídica (ALEXY, 2007), sendo tal entendimento hoje pacífico na doutrina e jurisprudência.

Trata-se, portanto, de um sistema aberto e compartilhado de princípios, que possibilitam a sua aplicação direta no caso concreto, independentemente de previsão

No estudo da força normativa e respectiva aplicabilidade das normas constitucionais principiológicas tem-se que seu alto grau de abstração, em tese, impede sua aplicação direta aos casos concretos, todavia, por serem os valores mais caros do constituinte, que entendeu por bem positiva-los, integram formalmente a Constituição e, por isso, devem ser tutelados sob uma perspectiva da proibição de proteção insuficiente. Vale dizer, o respeito e a máxima efetividade dos princípios constitucionais é o objetivo a ser perseguido pelo Poder Público e, mediatamente, pela sociedade.

A integração dos princípios ao sistema jurídico e o reconhecimento de sua força normativa é consequência do pós-positivismo que, conforme visto, trouxe consigo o necessário diálogo entre o Direito e os valores a ele materialmente indissociáveis, tais como a Justiça e a Moral.

Acerca dos princípios, Slaibi Filho (2004, p. 65) os define como sendo toda norma jurídica “enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam”, de modo que resumem, potencialmente seu conteúdo. É dizer: sejam os princípios estão para as regras como o antecedente está para o consequente; como o pressuposto está para o posto, devendo a regra ter necessária conformação material com a carga principiológica do ordenamento jurídico.

Partindo-se dessas premissas, é possível observar a tripla função dos princípios: a) fundamento da norma, funcionando como pressuposto material, como visto; b) vetores interpretativos, auxiliando o intérprete a não se afastar do projeto constitucional proposto; e c) meios integrativos do sistema jurídico, na medida em que, necessário reprisar, são os princípios as ferramentas em prol do neoconstitucionalismo a fim de – sob uma perspectiva filosófica pós-positivista – evi-

tar qualquer violação a direito fundamental sob a desculpa de uma legalidade formal .

Conclusão

Com base no exposto, tem-se que, cabe aos princípios dar coerência a todo o sistema, repisando-lhe sua tônica, daí porque ser lícito pensar ser mais grave a violação à norma-princípio que à norma-regra, tendo em vista que ao se violar um princípio, está-se a violar todo o ordenamento jurídico.

A questão da força normativa da Constituição atingiu o ápice do debate jurídico no tocante à tutela dos direitos fundamentais e o limite de atuação do Poder Judiciário nesse mister, conforme restou verificado.

Referências

ALEXY, Robert. A existência dos direitos humanos. *In:* ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SANDKÜHLER, Hans Jörg et al. (org.) *Níveis de efetivação dos direitos fundamentais civis e sociais: um diálogo Brasil e Alemanha*. Joaçaba: Editora Unoesc, 2013, p. 67-76.

_____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio A. da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, Jaime Leônidas Miranda; MARISCO, Francele Moreira. Os direitos fundamentais e a solidariedade social como perspectiva para um novo olhar para o direito contemporâneo. *In: Revista Da Faculdade De Direito – Ufu*, v. 43, n. 1, 2015.

ARAÚJO, Sarah Maria Linhares de. Neoconstitucionalismo, democracia e o princípio da legalidade tributá-

rio. In: *Revista tributária e de finanças públicas*. n. 85, São Paulo: RT, mar-abr., 2009.

ARONNE, Ricardo. Os direitos reais na constitucionalização do direito civil. In: *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 39, n. 2, p. 175-196, jul./dez. 2013 .

ARISTÓTELES. **Ética à Nicômaco**. São Paulo. Nova Cultural: 1992.

AZEVEDO, Plauto Faraco. *Aplicação do direito e contexto social*. 2. ed., São Paulo: RT, 2000.

BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BARCELLOS, Ana Paula. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, jan. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>>. Acesso em: 22 Dez. 2016. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618>.

BELTRÃO, Irapuã Gonçalves de Lima. O princípio da legalidade tributária diante de teorias do direito e do estado: do positivismo kelseano ao neoconstitucionalismo. In: *Revista brasileira de direito tributário e finanças públicas*, n. 13, Porto Alegre: Magister, 2009.

BINENBOJM, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: *Um novo paradigma*

- para o Direito Administrativo. In: SARMENTO, Daniel (org.). Interesses públicos versus Interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.*
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone, 1997.
- BÖECKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Novos Verlagsgesellschaft Baden-Baden: Novos, 1993.
- BOLESINA, Iuri; LEAL, Mônia Clarissa Henning. *Mínimo existencial versus mínimo vital: uma análise dos limites e possibilidades de atuação do Poder Judiciário na sua garantia e no controle jurisdicional de políticas públicas* In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SANDKÜHLER, Hans Jörg et al. (org.) *Níveis de efetivação dos direitos fundamentais civis e sociais: um diálogo Brasil e Alemanha*. Joaçaba: Editora Unoesc, 2013, p. 543-583.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional* 6ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BREUER, Rüdiger, Grundrechte als Anspruchsnormen. *In: Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung, Festgabe aus Anlass des 25 jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts*, München: C.H. Beck, 1978.
- CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. *In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, p. 662-683.

- CANARIS, Claus-Wikhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de A. Menezes Cordeiro, 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes – Constituição dirigente e vinculação do legislador : contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra, 1982. 539 p.
- CASTRO, Marcos Faro. O STF e a judicialização da política. In: *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, n. 34, v. 12, p. 147-156, jun, 1997.
- CARVALHO, Ernani Rodrigues. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. In: *Revista de Sociologia Política*, Curitiba, n. 23, 2004, p. 117-120.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Função social da propriedade dos bens de produção*. São Paulo, Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, vol. 63, 1986.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- DWORKIN, Ronald. Myles. Levando os direitos a sério. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

Análise do paradigma das licitações a partir do advento do regime diferenciado de contratações públicas

Guilherme Sonda Popinhak

Introdução

A Carta Magna de 1988 estabelece expressamente em seu artigo 37, XXI a obrigatoriedade para o Poder Público de um procedimento licitatório para obras, serviço, compras e alienações. Diante desse comando constitucional, o advento em 1993 da Lei 8666, que regulamentou o procedimento licitatório, colaborou significativamente para uma ideia de Estado Democrático de Direito. Com um sistema normativo regulamentando o certame de licitações, a liberdade do Administrador passa-se a ser limitada a lei, contribuindo para o controle de discricionariedade do Administrador público, de forma a concretizar, não só a letra da Constituição Federal, como importantes princípios administrativos.

Com o passar dos tempos, a lei geral de licitações passou a não mais atender aos anseios dos licitantes e principalmente da Administração Pública, gerando críticas de diversos setores.

Com a definição de que o Brasil sediaria importantes eventos esportivos a nível mundial, considerando que a lei de licitações impunha alguns entraves burocráticos e a visível necessidade de concluir obras de grande porte para atender tais eventos, surge a necessidade de adequar o procedimento das licitações, a fim de que essas obras fossem entregues em tempo hábil para realização dos eventos. É sancionada então, a Lei 12.462/2014, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas.

Neste trabalho, fizemos uma análise sobre as inovações no sistema de licitações advindas da Lei 12.462/2011, devido a Copa das Confederações 2013, Copa do Mundo de 2014 e os Jogos Olímpicos de 2016. Tais mudanças, acarretadas pelo Regime Diferenciado de Contratações Públicas, trouxeram um novo cenário para o certame licitatório brasileiro, que de princípio restringia-se ao contexto dos eventos esportivos, e hoje em dia já possui uma maior abrangência. Desse modo, esse trabalho expôs a relevância das inovações e sua contribuição para o cenário de licitação no direito administrativo brasileiro.

O procedimento licitatório trata-se de um assunto extremamente relevante para o direito brasileiro, uma vez que seu cumprimento colabora para a efetivação de diversos princípios administrativos, bem como para um ideal funcionamento da Administração Pública. A grande problemática foi analisar de que medida tais mudanças foram úteis, e quais as implicações para o modelo de licitação no direito administrativo de agora em diante.

1. Licitação

Necessário se faz, neste primeiro capítulo, fazermos algumas considerações sobre a licitação no Brasil, sua aplicabi-

lidade à luz da legislação anterior (8666/1993), quais os princípios norteadores desse procedimento, além das deficiências existentes no supracitado diploma legal.

Trataremos ainda, em breve análise, sobre os princípios gerais da administração, cuja aplicabilidade tenha maior importância com o tema e as modalidades atuais de licitação.

Podemos dizer que licitação é a forma como o poder público seleciona, através de procedimento próprio, a proposta mais vantajosa aos interesses públicos, com o fim de executar obras, serviços públicos, promover compras, alienações, concessões, permissões e locações da administração pública com terceiros.

Ressalte-se que nem sempre será escolhida a proposta mais barata, mas sim a melhor proposta. Pode ser a melhor técnica, melhor preço ou os dois juntos, melhor técnica e melhor preço.

O principal objetivo da licitação é escolher a melhor proposta para o interesse público, oportunizando a qualquer um ser escolhido e contratado pelo poder público, independentemente de ser amigo, de ter indicação política. Aqui está o princípio da impessoalidade atrelado ao princípio da isonomia, que analisaremos mais detalhadamente adiante.

Além disso, é preciso destacar o objetivo do desenvolvimento nacional. A ideia é que a administração use a licitação como poder de compra, alavancando o desenvolvimento nacional.

Sobre a licitação, discorre José dos Santos Carvalho Filho:

Não poderia a lei deixar ao exclusivo critério do administrador a escolha das pessoas a serem contratadas, porque, fácil é prever, que essa liberdade daria margem a escolhas impróprias, ou mesmo a concertos escusos entre alguns administradores públicos inescrupulosos e particulares, com o que prejudicada, em última análise, seria a Administração Pública, gestora dos interesses coletivos. (CARVALHO FILHO, 2009, p. 225)

Percebe-se que o objetivo do legislador, é não deixar que a administração pública dê preferência injusta a pessoas cujo interesse é lesar o patrimônio público, que é um bem de todos. Por isso, impõe rigoroso procedimento, visando inibir tal conduta. Essa imposição decorre originariamente na nossa carta magna, em seu art. 37, XXI:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (Constituição,1988, on line)¹⁰

Logo, do conceito de licitação, podemos extrair que se trata de procedimento de um modo geral obrigatório e regulamentado pela nossa legislação, que visa estabelecer critérios específicos nas contratações do poder público com terceiros, a fim de se evitar abusos que levam prejuízo ao erário.

10. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 01 de Outubro 2014

2. Comentários e críticas à lei 8.666/93

Em razão das constantes mudanças socioeconômicas, bem como a nova realidade jurídica brasileira obtida com os avanços tecnológicos e a necessidade de se obter, em todas as áreas da Administração Pública, procedimentos que atendam os interesses coletivos de maneira mais célere sem, contudo, desrespeitar os princípios constitucionais, em que pese o legislador ter atendido, com o advento da Lei 8.666/93, os princípios elencados no ordenamento jurídico brasileiro, com o passar dos tempos esta Lei passou a receber críticas de doutrinadores afinados com o tema, que visavam abrir os olhos dos constituintes para reformulação do procedimento de licitação, sobretudo no que diz respeito à desburocratização do processo.

As críticas mais calorosas são no esteio de que a Lei em comento não mais atendia aos anseios emanados dos diversos princípios jurídicos ligados à Administração Pública, vejamos as palavras dos doutrinadores Rafael Oliveira e Rafael de Freitas:

(i) o Estado acaba pagando preços superiores ao de mercado, tendo em vista que os licitantes embutem o custo de participar dessa procedimentalização — permeada por exigências, cada vez mais complexas e detalhistas, sendo, muitas vezes, restritivas da competitividade —, o que gerou um incremento nos custos de transação nas contratações com o poder público; (ii) a morosidade tem sido a tônica desses procedimentos, na medida em que são intermináveis as contendas entre os licitantes — tanto em sede administrativa, como no âmbito do Poder Judiciário —, principalmente nas fases de habilitação e de julgamento; (iii) toda essa lógica do processo pelo

processo, considerando o procedimento licitatório como um fim em si mesmo, contribuiu para a onerosidade de todo o procedimento, acarretando contratações antieconômicas para o Estado. (OLIVEIRA E FREITAS, P. 9/10)

Neste mesmo sentido, comentando a respeito da Lei 8.666/1993, Marcos Juruena critica a burocracia do procedimento estabelecido, ressaltando que isso não só onera o trabalho da Administração, como também torna todo o procedimento mais lento e desinteressante para o particular que busca licitar com a Administração, atentando assim contra o princípio da eficiência:

Nesse contexto, impunha-se a apresentação de respostas às críticas quanto ao formato das licitações da Lei nº 8666/93, a saber, a generalidade, já que a mesma lei destinava tanto a compra de clipes quanto para construção de uma usina nuclear; a burocracia, eis que a lei estava pensada para um rigoroso exame de documentos, cada vez mais complexos e detalhistas; instituiu-se um “campeonato de papelada” – vencida quem sabia melhor cumprir a burocracia; a morosidade, eis que como visto o processo centrado na papelada e não nas propostas se tornava demasiado lento, sem o necessário proveito em termos de qualidade e preço; e a onerosidade tanto para a Administração como para o particular. (SOUTO, 2012, on line ¹¹)

11. SOUTO, Marcos Juruena Villela. Licitações e controle de eficiência: repensando o princípio do procedimento formal à luz do “placar eletrônico”. Revista de Direito da Procuradoria geral, Rio de Janeiro, (Edição Especial), 2012. Disponível em <http://download.rj.gov.br/documenten>

Assim, mesmo considerando que a Lei 8.666/93 foi de grande valia durante grande período de tempo, mais de 20 anos, os procedimentos por ela definidos já não atendem totalmente os anseios e interesses jurídicos dos órgãos da administração.

Todos buscam procedimentos menos burocráticos, que da mesma forma atentem para os princípios inerentes à Administração pública. É exatamente nesse cenário que nasce a Lei 12.462/2011, que institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC. Com o advento dessa nova lei, os juristas pelo Brasil afora comentam radiantes na expectativa de vivenciarem um procedimento que finalmente faça as obras e serviços públicos andarem a passos largos na busca do interesse da coletividade.

Marçal Justen Filho, ao comentar sobre a lei 8.666/93, enfatiza bem o seu papel doravante no mundo das licitações:

Essas críticas, sofridas pela Lei de Licitações, não vieram à tona somente em razão do advento do Regime Diferenciado de Contratações, na verdade com o passar dos tempos, de uma forma generalizada, tanto a Administração Pública quanto os Administrados e Empresas Particulares que oferecem seus serviços, clamam por um procedimento mais vantajoso para todas as partes. Um procedimento menos burocrático e que ao mesmo tempo permita um controle assíduo no combate à corrupção.

Muitos juristas mostram-se animados com a possibilidade de se abandonar a Lei 8.666/1993, e mergulhar em algo novo, que dê uma repaginada no atual modelo de licitações. Com a edição da Lei 12.462/2011, ficaram evidentes as falhas existentes no procedimento de licitações ainda muito utilizado.

Portanto, em uma rápida pesquisa de opiniões, percebe-se que o atual modelo de licitações, pelos entraves burocráticos

que estabelece, bem como a morosidade causada pela farta documentação exigida, vem recebendo críticas de diversos juristas, estudiosos do assunto.

Para a maioria, a nova opção disponível para a licitação, RDC, trará melhorias incomparáveis, em razão da forma facilitada que dispensa à diversas modalidades de licitação, conforme veremos no capítulo seguinte.

2. O regime diferenciado de contratações

Neste capítulo abordaremos especificamente sobre o novo sistema ou regime de contratações públicas, ou seja, o Regime diferenciado de Contratações Pública, instituído pela Lei n.º 12.462, de 04 de Agosto de 2011, que é uma conversão da Medida Provisória n.º 527, de 2011.

Esta Lei estabelece novos critérios e procedimentos próprios à licitação, na realização de obras de grande porte ligadas à Copa das Confederações 2013, Copa do Mundo de 2014, Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, bem como na realização de obras de grande importância, ligadas ao pleno desenvolvimento da nação. A entrada em vigor da presente norma afasta a aplicabilidade da Lei de licitações, ou seja, a Lei 8.666/1993.

Para iniciarmos a análise, necessário se faz transcrever o art. 1º da Lei em comento, isto porque é exatamente no art. 1º que temos a exata descrição de todas as hipóteses previstas para aplicação do no regime, bem como os objetivos do RDC.

Pela leitura fria da norma, podemos perceber que inicialmente ela foi elaborada visando atender unicamente as licitações e contratos de alguma forma ligados aos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - FIFA 2013 e da Copa do Mundo FIFA 2014, conclusão decorrente do comando dos

incisos I, II e III. Este último diz respeito a serviços e obras de infraestrutura, mas apenas das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes dos mundiais referidos nos incisos I e II.

Percebemos que todas as possibilidades previstas na Lei são de obras e serviços de grande porte que necessitam de uma rápida conclusão. Isto é, mais agilidade em todas as fases procedimentais, desde a publicação do instrumento convocatório até a fase de encerramento e execução da obra.

É exatamente isso que se extrai dos incisos previstos no parágrafo 1º, que trata dos objetivos da Lei. Ampliar a eficiência na contratação, competitividade entre os licitantes, troca de experiências e tecnologias, melhor relação custo benefício para o setor público, enfim, são fatores que satisfazem tanto os Administrados e os contratantes dos serviços públicos, como da própria Administração pública.

Veja que os incisos IV, V e VI foram incluídos posteriormente, isso faz crer que houve aceitação da Lei, caso contrário não seriam incluídas novas hipóteses de contratação. Façamos, entretanto, as seguintes ponderações.

Conforme já elucidado, o RDC teve como escopo inicial destinar-se às obras dos eventos esportivos sede no Brasil. No entanto, tal escopo foi ampliado através de medidas provisórias, abrangendo sua aplicação para além de tais eventos, atingindo outras áreas.

Foram acrescentadas ao âmbito da lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, instituído pela Lei 12.462/2011, as ações integrantes do PAC (Programa de Aceleração de Crescimento) através da MPV - MEDIDA PROVISÓRIA 559 de 2012, convertida na lei 12.688/2012.

Percebemos que a intenção do legislador quando da edição da Lei 12.688/2012 está sempre relacionado às vantagens

econômicas e agilidade na entrega dos serviços a serem executados. Estes foram os principais argumentos elencados pelo relator/revisor do projeto, senador Renan Calheiros.

Evidentemente, a ampliação do RDC para alcançar as obras do PAC foi alvo de críticas dentro do próprio Senado Federal, sobretudo pelo fato da Lei 12.462 estar sendo objeto de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal. Segue trecho dos comentários do Senador José Agripino do Rio Grande do Norte:

Eu quero muito que o Brasil seja competitivo e que as obras sejam realizadas, mas eu tenho zelo pelo dinheiro público. Posso eu votar pela constitucionalidade de uma matéria que o procurador-geral questiona no STF? Só se eu fosse um irresponsável com dinheiro público e eu não sou. É em nome da lisura de comportamento no serviço público que trago esse alerta. (AGRIPINO, 2012, on line¹²)

Em seguida foram inseridas através da Lei 12.745/12, as obras e serviços de engenharia no Sistema único de saúde. Oriunda da MPV - MEDIDA PROVISÓRIA 580 de 2012.

A mais recente de todas refere-se à aplicação do Regime Diferenciado de Contratações para das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo. A medida provisória de número 630/2013 foi votada no dia 14/05/2014, e houve divergentes opiniões a respeito das

12. AGRIPINO, José. Agência Senado. Aprovado Regime Diferenciado de Contratação para todas as obras do PAC. Disponível em: < <http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2012/06/27/aprovado-regime-diferenciado-de-contratacao-para-todas-as-obras-do-pac>>. Acesso em 24 de outubro de 2014

vantagens da licitação nas obras dos presídios ocorreram por meio do RDC. A relatora da votação, Senadora Gleisi Hoffman, defendeu veemente a utilização do RDC.

No entanto, se faz importante expor que existe, como dito, impasse de opiniões no que se refere às vantagens do RDC, e principalmente críticas sobre a ampliação tão drástica de seu escopo inicial.

Pelo discurso do Senador, percebe-se uma grande preocupação da “exceção virar regra”. Tal preocupação se justifica, uma vez, que cada vez mais estão ampliando a utilização do RDC. A MP 638, em análise, foi posta em votação para possibilitar o uso das regras do RDC em todas as licitações de contratações para Administração Pública, contudo a divergência na votação fez aprovar apenas o acréscimo na Lei do RDC de obras e reformas nos penais e unidades de atendimento socioeducativo.

No bojo deste novo pensamento do legislador, visualizamos o desejo de combate à corrupção, combate a morosidade nos tramites de processos no âmbito das Administrações Públicas de um modo geral, combate a burocracia do procedimento, que na maioria das vezes acabava travando o processo licitatório e gerando atrasos inimagináveis, fazendo com que a população se voltasse contra o Administrador, aprovou a Lei 12.462/93.

A Lei do RDC é alvo dos mais variados comentários, analisando seus dispositivos e traçando novas perspectivas para o mundo das licitações.

O Regime diferenciado de contratações públicas nasceu em 2011 e recebeu grandes elogios de juristas em volta do Brasil. Na realidade, era visível a necessidade de adequação do procedimento aplicável às licitações, e foi exatamente isso que a grande maioria dos operadores do direito viram na LEI 12.462/2011.

Vale ressaltar que a Lei 12.462/2011 estabelece que para um certame licitatório tramite sob os procedimentos do RDC, necessário se faz constar de forma expressa do instrumento

convocatório que o processo tramitará sob a égide da nova Lei, afastando-se assim a aplicabilidade da Lei 8.666/1993. Dessa forma, temos que a adoção dos procedimentos do RDC não é obrigatória.

2.1 Os avanços trazidos pelo RDC

O Regime diferenciado de contratações é procedimento que será utilizado, em decorrência do Art. 1º da Lei, pela União, Os Estados e Municípios que abrangerem alguns dos citados eventos esportivos, as capitais dos Estados distante até 350 KM das cidades sedes dos jogos, a Administração indireta desses entes, a Autoridade Pública Olímpica e todos envolvidos nas ações do PAC, das obras e serviços no âmbito dos sistemas públicos de ensino e das obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS.

Para execução dessas obras, varia inovações foram trazidas pela Lei 12.462/2014, elencamos nos tópicos abaixo, algumas dessas inovações que merecem destaque.

O RDC estabeleceu a forma de contratação integrada, na qual o contratado deve entregar a obra pronta, pelo preço contratado e dentro do prazo estabelecido, sendo que todas as etapas da obra, bem como os riscos dela inerentes, são de responsabilidade do contratado. As regras e prazos são previamente estabelecidos no edital.

Outra inovação diz respeito à possibilidade de haver uma inversão na ordem das fases do processo de licitação, de maneira que a fase de julgamento é anterior à fase habilitação.

Essa mudança acelera sobremaneira o processo, já que não existe necessidade de a Administração Pública fazer uma análise prévia dos documentos de todos os concorrentes do certame. Essa análise é feita somente após o conhecimento do vencedor da licitação, a fim de se averiguar se o mesmo

preenche todos os requisitos formais estabelecidos no edital. Falaremos mais sobre a inversão de fases, no item 2.2.

Outra mudança que dá mais agilidade ao processo é a instituição de uma fase recursal única, essa fase é logo após a habilitação do vencedor do certame licitatório. A Administração Pública realizadora do processo analisa tão somente recursos relativamente ao julgamento das propostas, e à habilitação do vencedor.

Um dos grandes avanços em relação ao combate à corrupção e ao conluio entre os concorrentes e até mesmo o Administrador, é a não divulgação do orçamento estimado. O orçamento estimado somente se tornará público após o encerramento da licitação. Tal mudança está contida no art. 6º da Lei em comento, vejamos:

Essa inovação tem sido uma das mais comentadas dentre as trazidas pelo Regime Diferenciado de Contratações.

Este dispositivo, entretanto, em razão de ter impingido grandes mudanças ao procedimento a ser adotado pela Administração Pública no que tange a divulgação e até mesmo a própria formação do instrumento convocatório, tem gerado algumas críticas por parte dos operadores do direito.

Essas críticas inclusive tem levantado questão importante no que diz respeito à constitucionalidade do supracitado artigo (6º da Lei 12.462/2011).

A título de exemplificação, colhemos dados da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária, e constatamos que a referida empresa, a partir da vigência da Lei 12.462/2014, passou a adotar o procedimento do Regime Diferenciado de Contratações em suas licitações. Dados fornecidos pela própria INFRAERO dão conta de que em todas as licitações da empresa, é adotado o recurso de orçamento sigiloso.

A utilização do procedimento do RDC trouxe grandes economias aos cofres da empresa. Até Janeiro de 2013, a IN-

FRAERO tinha homologado 34 processo sob o RDC, que geraram uma economia de cerca de 223 milhões de reais, representando uma economia de 11,43 % se comparado com o valor do orçamento prévio. Além disso, o tempo de processamento tem ocorrido em 69 dias, representando uma redução de 44% se comparado ao processamento das licitações ocorridas sob a égide da lei geral de licitações. Colamos abaixo as planilhas representativas desses valores. (OLIVEIRA, NETO E TORRES, 2013, p. 14/17)

Merece consideração também, o comando que emerge do artigo 25 da Lei. Ele estabelece os critérios de desempate caso haja duas propostas idênticas.

Tais critérios soam mais complexos do que os estabelecidos nas contratações em geral, pois apresenta rol taxativo que deve ser observado nas contratações estabelecidas por meio do Regime Diferenciado de Contratações Públicas. Referido dispositivo dispõe de forma clara e específica, a ordem de incidência dos critérios de desempate.

Os quadros a seguir, extraídos de slides explicativos da Escola de Administração Fazendária, retratam as principais diferenças existentes entre a Lei de Licitações (Lei 8.666/1993) e a Lei 12.462/2011, que dispõe sobre o RDC.

Ainda, o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, tem sido bastante comentado no meio jurídico, no que diz respeito ao atendimento e aplicabilidade do princípio da eficiência.

O princípio da eficiência integra o *caput* do artigo 37 da Constituição Federal de 1988 por força da Emenda Constitucional n.º 19 de 1998. Tal princípio, exige que a Administração Pública realize todas as suas atividades, obras, serviço, com a maior agilidade, sem contudo, deixar de ser o serviço perfeito, ou seja, o serviço tem que ser rápido e bem feito, na linguagem popular, não pode ser “nas coxas”.

A aplicabilidade desse princípio deve dar maiores rendimentos aos atos da Administração Pública, deixando de lado os entraves burocráticos para agir assim, com celeridade.

Outras inovações importantes trazidas pelo RDC foram, a instituição do sistema de cadastro prévio, que registra preços de obras e serviços, bem como a qualificação permanente de agentes interessados em contratar com a Administração, e a informatização de todo procedimento, permitindo que todos tenham acesso em tempo real às contratações e detalhes dos certames licitatórios, além de acesso total aos órgãos de controle a todas as informações detalhadas referentes aos procedimentos.

3. (In) constitucionalidade do RDC

Analizamos no capítulo passado as grandes inovações advindas da Lei 12.462, e suas positivas contribuições para o cenário de licitações brasileiro. Apesar de suas vantagens, neste capítulo trataremos sobre algo de importante relevância, não só neste trabalho mais em todas as áreas de debate jurídico, que é a análise jurisprudencial a cerca da possível inconstitucionalidade da Lei que originou o Regime Diferenciado de Contratações Públicas. A problemática inserta no debate que desencadeou duas ADI'S no STF refere-se à origem da Lei em questão.

A lei 12.462/11 surgiu através da MP de número 521 de 2011 que tratava de criação de secretaria de aviação civil e outras questões sobre tráfego aéreo. Ocorre que no processo de tramitação, especificamente na Câmara dos Deputados Federais, o Deputado José Guimarães apresentou projeto de lei de conversão, que acrescentava um conjunto de outras normas na Medida provisória 521 de 2011.

Essas normas alteravam o escopo e o texto original trazidos na MP. As normas acrescentadas pelo Deputado José Guimarães tratava-se de procedimento de licitação e contratos

administrativos para a Copa das Confederações, Copa do Mundo e Olimpíadas, trazendo, portanto, o Regime Diferenciado de Contratações Públicas.

O ponto principal trazido pelas ADI'S é no que diz respeito a sua constitucionalidade formal, isso porque a Medida Provisória 527/11, na sua origem foi editada com a finalidade de modificar a estrutura organizacional e as atribuições dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios. Os dispositivos de que trata a Lei 12.462/2011, só foram incluídos posteriormente, durante a tramitação da Medida Provisória na Câmara dos Deputados, pelo então deputado José Guimarães (PT - CE).

Disso, surgem dois pontos questionados. A primeira, que é a ausência de relevância e urgência para edição da Medida Provisória 527/2011, que posteriormente foi convertida na Lei 12.462/2011, e a segunda, que é o abuso do poder de emendar pela câmara dos deputados.

Pois bem, com relação à primeira, a opinião contrária nos mostra que de acordo com o artigo 62 da Carta Maior, que os requisitos da Medida Provisória são relevância e urgência, e por isso indagaram-se a ausência deles no caso do RDC. No entanto, aqui neste trabalho, mais especificamente no capítulo 2, foram expostas as razões que nos levam a concluir que de fato o Regime Diferenciado de Contratação se encaixaria em ambos os requisitos trazidos na Constituição Federal, uma vez que os eventos esportivos se aproximavam e o direito brasileiro, no que se refere a licitações, se mostrava totalmente obsoleto para atender as necessidades em tempo hábil.

Já em relação ao segundo vício formal indagado pelos autores das ADI'S, analisando também opiniões contrárias, constatamos que a proibição de emenda no texto de Medidas Provisórias só está presente nas matérias de iniciativa privativa do poder executivo, não se aplicando aos demais casos,

como nos casos de licitações. Ambas ADI'S estão em tramitação no âmbito do STF e aguardam julgamento.

Conclusão

Vimos neste trabalho a Legislação do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, Lei 12.462/2011, foi criada através de conversão da medida provisória n.º 527, de 2011.

Que esta lei trouxe inúmeras mudanças no mundo das licitações no direito brasileiro, que embora a referida lei não seja atualmente aplicada a toda e qualquer procedimento licitatório, tende para tal.

Essas mudanças visaram atender anseios da Administração Pública na busca por um procedimento de licitação de maior eficiência e celeridade, contornando os entraves burocráticos da lei geral de licitações.

Dentre os avanços trazidos pelo Regime Diferenciado de Contratações, constatamos que as mais importantes foram: I) contratação integrada, na qual o vencedor do certame não só executa o serviço, mais deve também desenvolver todas as fases, inclusive de projetos; II) Inversão de fases, de apresentação de proposta e julgamento antes da fase de habilitação, que trouxe grandes vantagens, sobretudo no que diz respeito ao tempo do procedimento; III) fase recursal única, que também reduziu o tempo do processo; IV) orçamento sigiloso, que é de extrema vantagem para Administração devido à prevenção de conluios e corrupção de um modo geral e V) critérios de desempate, mais específicos que os da lei geral de licitações.

Outro aspecto relevante discutido foram os critérios de julgamento, que substituíram as denominadas modalidades de licitação da lei geral de licitações. Tais critérios são: I - menor preço ou maior desconto; II - técnica e preço; III - melhor técnica ou conteúdo artístico; IV - maior oferta

de preço e V - maior retorno econômico, cada um trazendo inovações pertinentes de acordo com a necessidade da Administração Pública e a característica do objeto da licitação.

Vimos que as modalidades de disputa, que não se confundem com os critérios de julgamento, estabelecem detalhadamente as opções dos licitantes no que diz respeito às ofertas de lances.

Ainda, que o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, consubstanciado na Lei 12.462/2011 determina que as Administrações Públicas deem preferência à forma de aplicação eletrônica de licitação.

Esta previsão traduz a preocupação do legislador em resolver as críticas de um modo geral, sem deixar de atender as normas princípios constitucionais, sobretudo os da eficiência e moralidade.

Os princípios estabelecem que a Administração Pública deve dar celeridade aos seus atos, bem como agir com probidade a fim de combater a burocratização e a corrupção, que são males que arruinam a democracia.

Embora existam ações visando a decretação da inconstitucionalidade da norma analisada, concluímos que os argumentos no sentido de mantê-la em pleno vigor são fortes e aptos para tanto. Os vícios formais esbarram na viabilidade e beneficência da norma.

Em suma, a norma veio para ficar, trouxe inovações fantásticas e deram um novo ar de modernidade ao procedimento licitatório. O modelo tende a ser estendido para uma norma futura que venha a substituir completamente a lei geral de licitações, abrangendo não só as obras que envolvem os grandes eventos esportivos no Brasil de 2013 a 2016, ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, obras e serviços de engenharia para

construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo e as licitações e contratos necessários à realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino, mas toda e qualquer obra os serviços ou contrato que a Administração venha a realizar com terceiros.

Referências

CARVALHO FILHO, J. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009

JUNIOR, Dirley da Cunha, Curso de Direito Administrativo, Salvador - BA, Editora *JusPODIVM*, 11^a ed., 2012

JUNIOR, Nelson Nery, Princípios do Processo civil na Constituição Federal, São Paulo – SP, Editora Revista dos Tribunais, 8^a edição, 2004.

OLIVEIRA, Rafael Rezende. e FREITAS, Rafael Veras de. O Regime Diferenciado de Contratações públicas (RDC) e a administração de resultados, in Revista Brasileira de Direito Público, n^o 35. Belo Horizonte: Ed. Fórum.

SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. 6^a ed. Malheiros Editores. São Paulo – SP 01.2009

Federalismo de cooperação: a experiência alemã e o Estado Social de Direito

Leonam Baesso da Silva Liziero

Introdução

O federalismo de cooperação possui raízes teóricas e filosóficas diversas do federalismo de competição. Enquanto este se origina das ideias de Montesquieu combinadas à experiência das Treze Colônias norte-americanas, aquele possui base no desenvolvimento histórico das relações entre as unidades políticas germânicas e na filosofia da simbiose política de Johannes Althusius.

Em razão de seus fundamentos específicos, o federalismo de cooperação possui desenvolvimento com a noção de Estado de Direito diferente do norte-americano. Enquanto nos Estados Unidos o federalismo surge como ideal de organização política com a finalidade de evitar a concentração de poder e preservar a autonomia dos Estados, na Alemanha, em razão do alvorecer tardio de sua modernidade po-

lítica, o federalismo aparece como forma de manutenção de tradições diversas sob uma mesma ordem política, substantiada em valores como a subsidiariedade.

Nesse contexto, é imprescindível diferenciar o caminho específico do federalismo de cooperação como um fenômeno político alemão que posteriormente se propaga por outras federações, à medida em que a concepção de Estado de Direito no Século XX sofre modificação, do Estado Liberal ao Social e Democrático.

O objetivo deste trabalho será apresentar o desenvolvimento do federalismo de cooperação enquanto experiência alemã e suas relações com o Estado Social de Direito. Inicialmente será vista a influência da filosofia de Althusius para o federalismo de cooperação. Posteriormente, serão apresentadas as raízes do cooperativismo já na organização política do Império alemão e suas modificações com a democracia de Weimar e, finalmente, com a ordem constitucional de Bonn de 1949.

1. Federalismo e estado social de direito

Após a experiência americana, o modelo matricial de organização federativa foi propagado e adaptado em outros Estados no Século XIX. Algumas federações atuais têm origens que remontam a este século, tais como México (1857), Canadá (1867) e Brasil (1891). Todavia, algumas destas manifestações do federalismo têm um fundamento distinto do utilizado na fundação estadunidense: o federalismo de cooperação, possui origens teóricas ainda mais antigas que as do federalismo de competição, apesar de sua expressão para a formação de um Estado federal ser posterior.

É preciso esclarecer, sob o ponto de vista dos fundamentos, é que o federalismo de cooperação não se mistura em suas origens com o de competição. Os fundamentos são dis-

tintos, ainda que posteriormente tenha existido uma equalização para legitimar outros Estados federais. E tal afirmação parece encontrar respaldo na primeira teoria moderna federativa, a simbiose política de Johannes Althusius.

A política é simbiótica, pois segundo Althusius (2003, p.103) é a “arte de unir os homens entre si para estabelecer vida social comum, cultivá-la e conservá-la”, e o resultado máximo era a associação pública universal. A associação pública universal é a comunidade (ou reino), o único ente dotado de soberania, que é composto por províncias, cidades e regiões (ALTHUSIUS, 2003, p.174). É o equivalente ao Estado, apesar de Althusius não utilizar este termo. Segundo a definição do autor, essa associação “é um corpo político no sentido mais completo, um império, reino, comunidade, e o povo fica unido num só organismo pelo acordo de muitas associações e corpos particulares simbióticos, todos sob o mesmo direito” (ALTHUSIUS, 2003, P.173).

O vínculo que forma a união destas entidades é fundado em consenso e confiança. O corpo organizado por essas entidades é denominado de povo por Althusius, que é titular da soberania. O povo, para Althusius (2003, p.178) “tem o poder (potestas) de estabelecer esse direito do reino e a ele ligar-se. [...] E é nesse poder de dispor, prescrever, ordenar, administrar e constituir tudo o que for necessário e útil para a associação universal que residem o vínculo, a alma e o espírito vital do reino”.

Para tanto, era necessária a divisão do poder tanto nas instituições estatais quanto territorialmente para evitar a tirania absolutista repudiada pelo autor; os tiranos impossibilitam a consecução da finalidade pela qual as pessoas se uniram umas com as outras.

Os administradores eram de dois tipos: os éforos e os magistrados supremos (ALTHUSIUS, 2003, p. 219). Ob-

serva-se nessa construção teórica de Althusius algo semelhante ao que foi desenvolvido posteriormente por Locke como a bipartição dos poderes como componente necessário de um modelo de governo que fosse a antítese do absolutismo. O mandante mor será o magistrado. Todavia, em situações especiais, os éforos podem deter o poder de governo, como nos casos de vacância ou quando o magistrado supremo governar com tirania. Assim, cumprem um fundamental papel de limitar o poder de execução da comunidade. A autoridade do magistrado deve estar em consonância com a prudência e com direitos naturais, que, segundo o autor, corresponderiam aos dez mandamentos bíblicos. (ALTHUSIUS, 2003, p. 225).

Os simbióticos, aqueles que vivem juntos, vivem associação formada por um vínculo pactício. Portanto a política em uma primeira acepção tem como finalidade a simbiose entre os membros de uma comunidade para uma vida em comum (ALTHUSIUS, 2003, p.105). A vida em comum pressupõe uma comunhão de direitos que segundo o autor é “o processo pelo qual os simbióticos vivem e se governam com leis justas, em uma vida comum” (ALTHUSIUS, 2003, p.106). Esta associação é o que Althusius define por direito simbiótico:

Tal comunhão de direitos é chamada de lei da associação e simbiose (*lex consociationis et symbiosis*), ou direito simbiótico (*jus symbioticum*), e consiste especialmente em auto-suficiência, boa ordem e disciplina adequada. Ela contempla dois aspectos, um que funciona para dirigir e orientar a vida social e outro que prescreve um plano e uma maneira de comunicar bens e serviços entre os simbióticos (ALTHUSIUS, 2003, p.225).

Fortemente influenciada pela subsidiariedade teológica do cristianismo (HÖFFE, 2005, p.142), a obra de Althusius

lança as bases para o início do federalismo alemão, após a unificação no Século XIX. E ainda que diretamente não tenha influenciado diretamente o surgimento de outras federações mais voltadas para cooperação, é possível revisitar suas ideias para compreender melhor o sentido da cooperação entre unidades federativas distintas.

Identificam-se então duas origens teóricas para o federalismo que fortemente expressam o *foedus* à sua maneira: (i) a teologia federal de Althusius, para a qual os componentes de um mesmo Estado devem se auxiliar mutuamente e se originam de um mesmo corpo político; (ii) o federalismo racionalista de Montesquieu, no qual o principal interesse comum é a preservação das unidades políticas; neste caso o povo nacional é a consequência da união dos povos de repúblicas. Claramente as origens centrífuga e centrípeta dos diferentes Estados federais remetem aos motivos de sua formação e repercutem no projeto político decidido na Fundação ou Refundação.

Assim como o federalismo estadunidense, de competição e inicialmente dualista, estava relacionado ao projeto liberal de proteção dos direitos fundamentais negativos, o federalismo de cooperação está vinculado a uma concepção do Estado social, mais intervencionista economicamente e garantidos de direitos fundamentais positivos.

Os fundamentos do federalismo alemão, por exemplo, são diferentes do estadunidense. Na lição de Kramer, enquanto neste há ênfase na separação dos poderes entre os diferentes níveis de governo, aquele é caracterizado por “conexões mútuas, interconexões e sobreposição das unidades estaduais centralizadas e descentralizadas”. (KRAMER, 2005, p.144).

É possível acompanhar as mudanças do federalismo paralelamente às novas demandas de legitimidade política do Estado de Direito (BURGESS, 2009, p.26), anteriormente adjetivado por liberal, mas que no Século XX é redefinido

por uma integração entre Estado e sociedade, perfazendo em um Estado Social e Democrático de Direito. Nesse sentido,

O Estado social do moderno constitucionalismo europeu e americano emprega assim, nos países de sua órbita, como último recurso, técnica de compromisso, que, embora consagre modificações secundárias e progressistas, deixa, contudo, conforme vimos, intacta, em grande parte, a infraestrutura econômica, isto é, o sistema capitalista (BONAVIDES, 2001, pp.146-147).

Não é por acaso que os dois grandes ícones constitucionais do *Welfare State* do começo do Século XX inauguram Estados federais: a Constituição do México de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919. Um projeto constitucional de Estado com pretensões de efetivar direitos sociais além dos individuais não parece ser compatível com o federalismo competitivo.

Esse é o entendimento de Bercovici (2003, p. 241), para quem “os pressupostos de construção de um Estado Social, com as exigências dos princípios de igualdade e solidariedade, geram obrigações para a União e os entes federados, orientando o exercício das suas diversas competências no sentido de igualação das condições sociais”.

Hesse (1998, p. 172), ao versar sobre os desafios do Estado Social, observa que “põem o Estado diante de tarefas novas, desconhecidas para ele até agora, e efetuam a penetração do Estado em âmbitos até agora deixados para a auto-regulamentação; elas elevam o significado do Estado para a vida econômica e social”.

Observa-se duas direções do desenvolvimento do federalismo cooperativo: a mudança paradigmática no federalismo norte-americano com a passagem do federalismo dual

para o *New Deal* e a institucionalização da cooperação entre os entes com as Lei Fundamental da Alemanha de 1949. Apesar de dois movimentos distintos – o primeiro como uma vicissitude de perspectiva em um Estado federal baseado no federalismo centrípeto e competitivo; o segundo na formação de federações com a finalidade de realização do *Welfare State* –, ambos mostram a insuficiência do modelo econômico liberal e reclamavam uma intervenção maior do Poder Público na prestação de direitos sociais.

O fundamento mais robusto do federalismo cooperativo se encontra no desenvolvimento do Estado federal alemão a partir de sua unificação, que culminou na República de Weimar em 1919 e na Lei Fundamental Bonn em 1949. Portanto, é imprescindível, para identificar a relação entre assimetria federativa e federalismo cooperativo explorada adiante, voltar atenção ao federalismo alemão, aonde podem ser encontrados fundamentos teóricos do federalismo de cooperação.

Com raízes na Idade Média, a formação do Estado alemão resulta de um secular processo de integração política entre os diversos reinos que outrora formavam o Sacro Império Romano Germânico, dissolvido durante as Guerras Napoleônicas. Assim, observa Confino (2002, p. 71):

Certainly, federalism as a German political idea and political reality had existed since the late Middle Ages. Thomas Nipperdey begins in that period his overview of federalism in German history. But he views it as a constantly contingent, descriptive concept without normative attributes; his attempt is to describe how it evolved, not to use the federalist past in order to prove a point in the present. Moreover, as an organizational principle, federalism became effective only in the nineteenth century. Federalism was

often chosen and implemented based not on long-term traditions, but on short-term experience and power political calculations.

A unificação definitiva dessas diversas unidades políticas em um único Estado soberano foi um acontecimento relativamente recente, do ano de 1871. A partir de sua formação, a Alemanha foi um caso paradigmático de federalismo, construído sob bases diferentes do norte-americano, que naquela época já havia se transmutado de sua forma original após uma guerra civil.

2. Raízes do cooperativismo no império federal

O federalismo na Alemanha foi formado com particularidades de sua história política e em todos seus momentos houve o *animus* associativo com respeito aos interesses de cada uma das divisões políticas e a diretriz federativa de viés cooperativo.

A história mais recente demonstra que a construção deste modo de organização política é mais antiga que o próprio Império Alemão. Pode-se dizer que após a Paz de Westphalia de 1648 – desfecho da Guerra dos Trinta Anos causada principalmente pelo conflito entre católico e protestantes na região da Germânia –, houve substancial alteração no Sacro Império Romano-Germânico como um único Estado formado por diversas unidades políticas menores.

Observa Gunlicks (2003, p.7) sobre a real natureza confederativa do Sacro Império Romano-Germânico:

The Holy Roman Empire, not a “state” but a historically unique league of princes with some confederate features, was naturally weakened by the Thirty

Years' War and other conflicts between and among the princes, but it continued to exist in some form until Napoleon forced its dissolution in 1804.

Essa forma permitiu o desenvolvimento em partes autônomas, com a primazia de não ingerência direta em assuntos particulares de cada uma dessas unidades, como por exemplo, a própria determinação da orientação religiosa:

There were also some changes in the “constitution” of the Empire. The Treaty of Westphalia functioned as a basic law until the empire’s demise in 1803–6. It gave the princes certain rights and privileges, including the right to conclude treaties among themselves and with foreign powers as long as they were not directed against the emperor and empire. Technically, this did not give the princes legal sovereignty, but the autonomy (*Landeshoheit*) they enjoyed was close to it and amounted practically to internal sovereignty (GUNLICKS, 2003, p.14)

No Século XIX, durante as Guerras Napoleônicas, houve a incorporação de pequenos Estados aos grandes da região germânica. Quase ao final deste conflito, houve a formação da Confederação Germânica em 1815, formada de 39 Estados. Esta associação, de cunho econômico e político dos Estados, era governada por uma dieta estabelecida em Frankfurt, onde já se observa um desnivelamento entre as partes confederadas. Os membros não representavam os povos dos Estados, mas as unidades políticas em si (GUNLICKS, 2003, p. 17).

Na unificação alemã, o federalismo foi instituído com a Constituição do II *Reich* de 1871. Houve uma grande sensibilidade política neste ponto. Em tempos anteriores à for-

mação do Estado alemão, havia uma verdadeira colcha de retalhos política no território com diversas unidades independentes, mas vinculadas umas às outras em caráter confederativo. A forma federativa de Estado encontrava uma nova experiência com a forma de governo monárquica da Alemanha. Uma das grandes particularidades das origens do federalismo alemão é tentativa de conciliação entre o governo monárquico, historicamente concentrado e centralizado, e o federalismo que, ainda que em graus diferentes graus de federalidade, não se coaduna com tal centralização.

O federalismo na unificação determinou a criação de duas esferas jurídicas concomitantes: a federal e a local, dos *Länder*. Para se reforçar o mecanismo desta forma de Estado, cada *Land* detinha grande autonomia em razão do poder de seu príncipe. Assim, buscou-se a compatibilização do poder soberano dos monarcas de cada unidade política com a submissão ao poder central, que por sua vez era regido pela dinastia prussiana, a Casa de *Hohenzollern* (GUNLICKS, 2003, p.26). O projeto federal de Otto von Bismark tinha como objetivo unir sob um mesmo poder a multiplicidade política de modo a garantir a sobrevivência do II Reich naquela hostil Europa novecentista.

A força centrípeta do II Reich deveria concentrar no centro, mas não havia um centro historicamente definido que pudesse ser mais importante que outros. Não havia na Alemanha a ideia de cidade Capital, tal qual em outros Estados (JOHNSON, 1991, p.11). Na ausência de um centro histórico, houve a equalização em favor da Prússia, reino mais poderoso politicamente entre os federados (JOHNSON, 1991, p.25).

Como resultado do projeto de Bismark, o federalismo significou a perda da soberania dos *Länder*, mas houve a manutenção de suas estruturas internas, suas leis particulares, parlamento e governante próprio (JOHNSON, 1991, p.25).

A Constituição do Império Alemão de 1871 estabeleceu algumas diretrizes federativas e democráticas. Ficou estabelecido a existência de duas casas parlamentares: *Bundesrat* e *Reichstag*, instituição parlamentar pré-existente à unificação. De acordo com Gunlicks (2003, p.26), “The Reichstag was elected in single-member districts by universal male suffrage for those who were over twenty-five years of age, and its members were representatives of all the people”. Sobre O *Bundesrat*, conselho federal de representantes dos governos dos *Länder*, observa Dorondo (1992, p.1):

Under the terms of the constitutions of the confederation and the empire (the latter document being an amended version of the former) the individual states were rather well represented in the Bundesrat, the designated organ of imperial collective sovereignty. Indeed, its members were more ambassadors of the states rather than legislators. The members voted, for example, not according to conscience but according to their governments’ directions. The Bundesrat had the right of initiative in the legislative process along with the popularly-elected Reichstag, and the upper house’s approval was required for legislation to become law. It could also amend the legislation of the lower house.

O poder executivo se organizava de modo parlamentarista, com um *Kaiser*, o monarca prussiano, que nomeava o chanceler, que era o Chefe de Governo (GUNLICKS, 2003, p.26).

Logo neste alvorecer do federalismo alemão já se observava sua tendência assimétrica. Na composição do *Bundesrat* a Prússia detinha um maior número de votos em relação às demais *Länder*. Enquanto *Länder* razoavelmente fortes como Bavária,

Saxônia e Württemberg tinham respectivamente seis, quatro e quatro votos, a Prússia possuía dezessete votos, de um total de cinquenta e oito votos somando todos os entes federados.

Apesar do grande poder da Prússia em comparação aos outros entes federados do Império Germânico, a composição do *Bundesrat* permitia algumas formas de reequilibrar as relações federativas. Confino observa como o processo de emendas constitucionais permitiam que os outros citados *Länder* relativamente influentes no jogo político barrassem o elevado poder prussiano na tomada de decisão a nível federal:

While it reflected the obvious dominance of Prussia in the new nation-state (Prussia had 17 out of 58 delegates), it also put limitations on Prussian power. A constitutional amendment gave to any fourteen votes in the Bundesrat power to veto any constitutional change. As a result, not only Prussian, but also a likely coalition of smaller states such as Bavaria, Württemberg and Saxony could oppose a change in the *status quo* (CONFINO, 2002, 73).

3. A democracia como base do federalismo da República de Weimar

Após a Primeira Guerra Mundial, o federalismo alemão alcançou nova perspectiva com o republicanismo como forma de governo e com as bases da soberania popular, por decisão do *Reichstag* e pressão no armistício imposto pelos aliados. Apesar do Estado de Direito alemão historicamente ter sido construído em bases autoritárias e legalistas, a Constituição de Weimar estabelece uma nova dimensão com a democracia na Alemanha. A alteração da relação monarca-súdito para a

representante–representado não apenas fomentou a legitimidade do poder na vontade feral do povo alemão como inverteu a lógica federativa do império.

Sobre as tratativas constituintes de Weimar, comenta Gunlicks (2003, p.29):

Elections in January 1919 for the constitutional assembly (National Assembly) in the small city of Weimar yielded a majority for the Social Democrats, German Democratic Party (progressive liberals), and the Catholic Center Party, which together formed the center-left democratic coalition responsible for writing the Weimar Constitution). The far left and far right were not well represented. In the meantime, the states also elected constitutional assemblies for their own new constitutions, in spite of the fact that the Social Democrats in Weimar (but not state leaders!) favored a unitary state together with the leadership of the German Democratic Party.

As bases do federalismo republicano se baseavam, conforme a Constituição de Weimar, em algumas premissas: (i) a unidade não se baseava em vínculo pactual para a mutualidade de vantagens, mas sim na soberania popular do poder federal e dos poderes estaduais; (ii) a centralização do poder federal em comparação às *Länder*, uma vez que a representação popular direta, consubstanciada no *Reichstag*, passa a ter maior impacto na tomada de decisão a nível federal; (iii) o princípio da igualdade material para os cidadãos alemães, em conformidade com os propósitos do *Welfare State*, o que levou a uma atuação maior da Federação no âmbito dos *Länder*, além da ampliação das funções do Estado,

tanto para à prestação dos direitos como o crescimento de leis e atos normativos destinados a regulamentar um Estado maior (GUNLICKS, 2003, p. 31).

Nas instituições representativas, o *Reichstag* manifestava a vontade popular enquanto povo da federação. Não há no órgão intermediação do poder local; seja qual for a *Länder* em questão, este órgão tinha o poder de emitir o direito federal com base na totalidade de eleitores. Por sua vez, o *Reichsrat*, de representação dos entes federados, perde influencia no jogo político e na tomada de decisões (GUNLICKS, 2003, p. 31).

A República de Weimar tornou a federação mais forte e estendeu seus poderes de legiferação, tornando o direito a nível federal mais interventor nas relações sociais e públicas (GUNLICKS, 2003, p.165). Esta ingerência, sobretudo em assuntos econômicos e sociais, tinha como fundamento a realização de prestação de políticas públicas determinadas pela Constituição. Portanto, observa-se um intervencionismo muito maior em assuntos anteriormente locais. Além disso, a atividade executiva das leis federais tornou necessária a ampliação da estrutura administrativa federal. A centralização no federalismo alemão da República de Weimar também se nota pela maior decisão do poder central em matéria financeira. Sobre este aspecto, explica Gunlicks (2003, p.165) sobre a concentração de receita da Federação determinada na Constituição de Weimar:

The constitution gave the federation general authority for tax legislation, and the *Länder* had little power to shape federal tax policy. The only limitation on the federation was that it had to preserve the capacity of the *Länder* to survive, which was a nebulous restriction at best. The new constitution provided the basis for a uniform Reich administra-

tion of finances and for the finance and tax reform introduced by Finance Minister Matthias Erzberger shortly after 1918

Uma vez que o Estado Social de Direito requer prestação de direitos sociais e uma maior ingerência da federação nos *Länder*, a Federação passou a ter maior poder decisório em políticas econômicas e na repartição de receitas entre as unidades federadas, com o estabelecimento de quantias de acordo com o volume arrecadado. Neste ponto, verifica-se que por meio do movimento centrípeta da ordem weimariana o cooperativismo se estabelece como força motriz para estabilizar as relações federativas: o poder federal teve a função de efetivar os direitos sociais e maior poder de decisão sobre o quanto de receita cada unidade precisará de acordo com seu cenário social.

O sistema federativo cooperativo iniciado constitucionalmente em 1919 foi interrompido em 1933 com a ascensão do nacional-socialismo ao poder. O Estado totalitário de exceção, perdurado até 1945, representou a destruição de todo o sistema federal e o sentido de cooperação construído em detrimento a um nacionalismo unificador.

4. O federalismo cooperativo na lei fundamental de 1949

Após a Segunda Guerra Mundial, com a mudança de perspectiva a respeito da sociedade internacional (de um modelo westphaliano para o sistema das Nações Unidas) e a divisão política dos Estados vencedores, observa-se uma busca pelos valores do Estado Social de Direito em algumas Constituições com diretrizes como democracia, igualdade material e direitos sociais. Exemplos claros são a Constituição Brasileira de 1946 e a Constituição da República Italiana de 1948.

O novo paradigma da sociedade internacional permitiu maior integração entre os Estados soberanos e cooperação entre eles. Além do número crescente de organizações internacionais, o direito comunitário ganha amplitude para a realização da cooperação internacional, como foi a gradativa formação da União Europeia. O Estado Constitucional tende a se tornar Estado Constitucional Cooperativo em oposição aos Estados Constitucional individualista, conforme defende Peter Häberle (2007, p.5).

O federalismo cooperativo inclusive acabou influenciando a nível supranacional a cooperação internacional para a promoção de direitos fundamentais na União Europeia:

Given the empirical reality that is the contemporary EU, it comes as little surprise to learn that federalism, sometimes referred to as the ‘f’ word, has acquired much more credibility today than at any time since its heyday in the early post-war years. Indeed, the sheer pace of European integration since the ratification of the Single European Act (SEA) in 1987 has unquestionably revived the fortunes of the federal idea. Consequently, a political idea that historically and philosophically has always been about different forms of human association and organization, and that antedates the modern state in Europe, is also now representative of a particular theoretical approach to the analysis of European integration (BURGESS, 2009, p. 26)

A atual configuração foi determinada pelo Tratado de Lisboa de 2007, mas que sob outro ponto de vista, é deixada subjugada pelos interesses do livre mercado. Esta é a crítica feita por Bercovici. Segundo o autor, atualmente o Estado europeu não cumpre mais sua função de Estado, uma vez

que ocorre uma privatização das instituições públicas para atender à lógica mercadológica presente na composição da União Europeia, que primariamente é uma união econômica. Para ele, “a constituição econômica europeia é uma constituição de mercado. O risco da constituição europeia é a redução da esfera da política a ponto de ser uma constituição sem política” (BERCOVICI, 2008, p.341).

De modo semelhante, pode-se pensar em uma refração axiológica deste cooperativismo para os Estados federais. O isolacionismo das unidades federativas, conforme prediz o federalismo de competição é superado pelo cooperativismo no pós 1945.

Nesse momento de redefinição do cenário político mundial, surgem algumas federações inspiradas pelos valores da cooperação interestatal. Neste contexto, A República alemã ressurge, após a divisão, como a chamada República de Bonn com a Lei Fundamental de 23 de maio de 1949. Em sua gênese, no ressurgimento do federalismo, a Alemanha deve ser, por determinação constitucional um Estado federal democrático e social.

Como consequência, o Estado de Direito, em sua adjetivação social democrática, deve condicionar as ordens jurídicas dos *Länder* em conformidade com a Lei Fundamental. Deste modo, percebe-se que o projeto constitucional de Estado federal da Alemanha a partir de 1949 é direcionado para a realização de um Estado Democrático e Social de Direito. As relações entre as unidades federativas devem ser direcionadas para a realização deste princípio social, que não busca meramente a igualdade formal do liberalismo, mas também a igualdade material, ou ao menos a redução da desigualdade.

O Estado federal alemão deve ser ativo para dar os meios e estabelecer um sistema que possibilite a realização do bem-estar social. A igualdade pretendida se coaduna com outro princípio inerente à história federativa alemã: a subsidiariedade.

dade. Em sentido herdado da ideia de ajuda organizada em situações emergenciais, Höffe (2005, p.155) defende que o sentido da subsidiariedade no federalismo alemão remete ao papel secundário da ajuda, para a possibilidade de desenvolvimento interno de cada unidade federativa.

Nesse sentido, diz Höffe (2005, p.156) que, mais importante que uma comunidade solidária originária, “é a vinculação de pensamento de direitos sociais calcados em liberdade funcional e democracia funcional à justiça distributiva”. A subsidiariedade em um Estado federal cooperativo, sobre valores do Estado Social, deve ser ter um papel secundário: a auto-ajuda tem prioridade sobre a ajuda, a ajuda indireta é preferível à ajuda direta. Deste modo, a cooperação federativa não se deve confundir com dependência econômica perpétua: o monopólio estatal não pode ser justificado sob os riscos da perda de autonomia dos *Länder*.

Desse modo, o princípio da subsidiariedade no federalismo cooperativo pode ser assim determinado:

Competências estatais são legítimas apenas naqueles casos e apenas à medida em que indivíduos e unidades sociais pré-estatais carecem de ajuda. E no âmbito de um Estado hierarquizado, as competências devem ser abordadas tão mais na base quanto fizer à última instância legitimadora, os indivíduos (HÖFFE, 2005, p.158).

O princípio da subsidiariedade se relaciona, deste modo, ao cooperativismo do federalismo alemão, que por sua vez se sustenta, a partir da Lei Fundamental de 1949, na realização de um Estado Democrático e Social de Direito. Todavia, ainda sim, resta considerar a descentralização das competên-

cias para a realização. A cooperação precisa de uma organização federativa descentralizada (HÖFFE, 2005, p.158)

A descentralização federativa como tendência do federalismo alemão possibilitou a integração entre culturas distintas e contribuiu para o fortalecimento da democracia. Veja-se: a descentralização no Estado federal promove a democracia dentro dos *Länder* e em relação ao poder federal, já que pelo sistema constitucional as decisões a nível geral requerem uma participação mais efetiva das unidades federativas, como descrito anteriormente nas causas de legitimação do federalismo.

Desse modo, a descentralização é um modo de organização federativa que permite maior desenvolvimento social e melhora a eficácia das funções públicas. Uma federação mais descentralizada tende a ser mais flexível para a resolução de problemas locais, uma vez que escapam à burocracia da máquina estatal a nível federal. Evidentemente, tal atenuação não pode ser contrária aos mandamentos axiológicos do poder federal; todavia poder permitir maior prestação dos serviços públicos, maior autonomia financeira e consequentemente, mais participação do cidadão na vida pública.

Muito além de uma união para resolver problemas comuns das unidades, o federalismo de cooperação permite a integração entre as unidades federativas para suas resoluções. Conforme o princípio da subsidiariedade, a atuação do poder federal deve ser sempre secundária, quando não por possível que os poderes federados cumpram por seus próprios meios os objetivos constitucionais.

Desse modo, o Estado federal resultante do federalismo de cooperação não pode ser mais visto somente como forma de Estado composta por uma pluralidade de ordenamentos; o federalismo é ideal que deve permear as normas como valor inerente à ordem constitucional e ao sistema político. Na Lei Fundamental alemã é notória a presença do federalismo en-

quanto limitador de poder federal: é proibida qualquer alteração em seu texto que modifique a forma federativa, que afete o princípio da cooperação entre os *Länder*. Como determina o art. 79 (1) da Lei Fundamental: “Amendments to this Basic Law affecting the division of the Federation into Länder, their participation on principle in the legislative process, or the principles laid down in Articles 1 and 20 shall be inadmissible”.

A organização política na Alemanha busca a realização integrada do Estado Democrático e Social de Direito de modo integrado e pluralista, com competências bem definidas entre o poder central e os poderes locais, mas com o sentido de cooperação muito presente.

Algumas formas constitucionais desta cooperação são encontradas na Lei Fundamental nos arts. 91 “a”, 91 “b” e 104 “a”.

Na categoria denominada por tarefas comuns (*Gemeinschaftsaufgaben*) no art. 91, “a”, o primeiro artigo citado diz respeito à participação da Federação em questões que forem importantes para a coletividade, com o propósito de assegurar melhoria nas condições de vida da população, seja na estrutura econômica regional, seja na estrutura agrária e proteção costeira. A via de realizar esta colaboração é a aprovação de uma lei pelo Conselho Federal, que definirá a participação da Federação e da *Land* ou *Länder*, bem como a delimitação de suas atividades. Em todos os dois casos, a Federação assumirá, no mínimo, metade dos custos.

A segunda forma de cooperação mencionada, prevista no art. 91 “b”, são os convênios (*Vereinbarungen*) entre a Federação e os *Länder* para fomento de pesquisa universitária, em assuntos relevância inter-regional, para o quais é necessária a aprovação de todos os *Länder*, cujo custo será regulamentado nos termos do próprio convênio.

A terceira, prevista no art. 104 “a”, diz respeito ao sistema financeiro e a responsabilidade na repartição das des-

pesas. Apesar de dispor sobre a regra de cada um dos níveis federativos assumirem a responsabilidade por seus custos, há algumas disposições no quais se observam o princípio do federalismo cooperativo, como o parágrafo (3) que autoriza que a Federação assumas as despesas totais e subsídios aos Estados, caso em que a execução será por delegação federal, e o parágrafo (5) estabelece a corresponsabilidade por uma administração pública bem ordenada.

Além das formas previstas na Lei Fundamental, Gunlicks (2003, p.67) chama a atenção para uma forma de cooperação federativa na Alemanha: os pactos interestaduais, que criam outra esfera normativa dentro do Estado federal: o direito comum cooperativo. Este direito pertence a um terceiro nível, não sendo nem direito federal, nem direito estadual. Tais pactos são realizados de duas formas: os “acordos administrativos” e os “contratos de Estado”, cuja principal diferença é a necessidade de aprovação do parlamento de cada *Land* signatária no segundo tipo, enquanto no primeiro basta a expressão da vontade do chefe do poder executivo (GUNLICKS, 2003, p.68).

Nesse sentido, o federalismo de cooperação desenvolvido na Alemanha tem fundamentos diferentes do federalismo de competição da experiência norte-americana. Os desdobramentos das duas experiências relativas às tensões inter-federais sobre centralização/ descentralização são notórios: enquanto o federalismo dos EUA para atender às demandas de realização do desenvolvimento dos cidadãos por meio também de direitos sociais necessitou de um processo de ingerência maior da União, na Alemanha a cooperação e a subsidiariedade permitiram a descentralização política e mais efetiva realização das funções estatais em suas unidades.

Além do liame entre eficácia dos direitos sociais e federalismo de cooperação, há outro fator necessário para completar este raciocínio: o federalismo assimétrico. A experiência alemã,

especialmente após a queda do Muro de Berlim, demonstra como a assimetria federativa possibilita a atenuação da desigualdade econômica entre os *Länder*, facilita a cooperação e reafirma a realização do Estado Social e Democrático de Direito.

Considerações finais

O federalismo de cooperação tem raízes teóricas e práticas diversas do federalismo de competição. Apesar do aparente antagonismo, não necessariamente um é antítese do outro. As diferenças se dão pela diversidade das experiências históricas nos Estados em que são desenvolvidos.

A origem teórica do federalismo de cooperação pode ser encontrada na obra de Althusius, que entendia que a associação era o corpo político formado por outras associações, vinculadas por uma relação de confiança e consenso, sob um mesmo direito. Sob forte influência do cristianismo, especialmente pela subsidiariedade, a obra de Althusius traz as bases do desenvolvimento do pensamento federativo no território alemão, o que posteriormente culminará na formação do Estado federal no Século XIX.

É importante frisar que o Estado federal da Alemanha, apesar de ter sido formado um século após o norte-americano, não sofre deste grande influência, tampouco é se mostra como um aprimoramento. A federação alemã tem origens específicas, com sedimentos teóricos que remetem a Althusius, enquanto a estadunidense repousa em lições de Montesquieu e nos escritos de Hamilton, Madison e Jay.

Com a formação do Estado federal no Império alemão, cada *Land* detinha autonomia em razão do poder de seu príncipe. Ainda assim, percebe-se já aí a desigualdade jurídica entre elas, com grande supremacia da Prússia em relação às demais *Länder*.

Com a República, após o final da Primeira Guerra Mundial, promulga-se a Constituição de Weimar, que traz o princípio da igualdade material entre os cidadãos, o que exigiu uma atuação maior do poder federal no âmbito interno das *Länder*. Tal valor se coadunava com os propósitos do Estado Social, já que se mostrava uma ampliação da atuação do Estado para a prestação de direitos. Assim, forma-se um maior arcabouço legislativo com a finalidade de regulamentar mais atos de Estados, em conformidade com o princípio da legalidade.

Os valores do Estado social encontram-se também na Lei Fundamental de 1949, na qual há algumas intersecções entre as diretrizes axiológicas e a configuração federativa, na qual é possível se observar propensão para a prática do federalismo cooperativo.

Dessa forma, as ordens jurídicas das *Länder*, em conformidade com a Lei Fundamental, são condicionadas pela diretriz social democrática. Assim, o projeto constitucional da Alemanha após 1949 é de um Estado Social e Democrático de Direito. Deste modo, as unidades federativas têm suas relações com finalidade para alcançar a igualdade material entre os cidadãos alemães.

Tal igualdade se relaciona com a subsidiariedade, em que cada corpo político deve ser ajudado por outro naquilo em que sozinho não for capaz de desenvolver. A subsidiariedade se coaduna assim como o cooperativismo inerente ao federalismo alemão. A cooperação passa por uma descentralização federativa que promove a democracia internamente nas *Länder*, o que gera uma participação maior da população nas decisões tomadas a nível federal.

Referências

ALTHUSIUS, Johannes. **Política**. Tradução de Joubert de Oliveira Brízida. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003.

BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades Regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. **Soberania e Constituição**: Para uma Crítica do Constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BURGESS, Michael. Federalism. In: WIENER, Antje; DIEZ, Thomas (org.). **European Integration Theory**. New York: Oxford University Press, 2009.

CONFINO, Alon. Federalism and the Heimat Idea in Imperial Germany. In: UMBACH, Maiken. **German Federalism**: Past, Present and Future. London: Palgrave Macmillan, 2002.

DORONDO, D.R. **Bavaria and German Federalism**: Reich to Republic. Palgrave Macmillan, 1992.

GERMANY. Basic Law for the Federal Republic of Germany. Disponível em <https://www.bundestag.de/blob/284870/ce0d03414872b427e57fccb703634dcd/basic_law-data.pdf> Acesso em 4 de jun. 2016.

GUNLICKS, Arthur. **The Länder and German Federalism**. Manchester: Manchester University Press, 2003.

HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo**. Tradução de Marcos Augusto Maliska. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de

Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HÖFFE, Otfried. **A Democracia no Mundo de Hoje.** Tradução de Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KRAMER, Jutta. Federal Republic of Germany. KINCAID, John; TARR, G.Alan (Org.). **A Global Dialogue on Federalism: Constitutional Origins, Structure, and Change in Federal Countries.** London: McGill-Queen's University Press, 2005.

A evolução da dívida pública interna brasileira: aspectos do reflexo no desenvolvimento social e nas futuras gerações.

Meire Cristina de Souza

Introdução

O Brasil é um país em desenvolvimento e, se o compararmos quanto à sua evolução histórica a outros países desenvolvidos, poderemos verificar que nosso país ainda está a engatinhar no desenvolvimento social.

Em 1827 tivemos a fundação da dívida interna brasileira com o fim de suprir os pagamentos de dívida interna contraídos até 1826, retirar papel moeda de circulação e cobrir o déficit para o ano de 1828. Fundou-se nossa dívida interna e a partir de então, consolidou-se a emissão de títulos para custear o desenvolvimento do país e saldar ou renovar antigos débitos.

A literatura econômica nos ensina que existem quatro objetivos básicos pelos quais se justifica a existência de dívida pública. São eles: financiamento do déficit público, fornecimento de instrumentos adequados à realização da política monetária, criação de referencial de longo prazo para financiamento do setor privado e facilitar a alocação de recursos entre gerações. Veremos adiante que a história da dívida interna no Brasil representa uma evolução desses objetivos, todavia, o endividamento tornou-se motivo de preocupação frente ao constante aumento da dívida sem um adequado desenvolvimento econômico e social.

Assim, em relação à situação atual do endividamento público, as seguintes dúvidas surgem: qual será o reflexo do aumento excessivo da dívida para as futuras gerações? Qual o impacto atual no desenvolvimento social do país? O problema do equilíbrio orçamentário do Brasil é o endividamento ou a gestão cíclica e sem planejamento a longo prazo?

O objetivo desse trabalho será demonstrar que o precário investimento no desenvolvimento social do país hoje, por conta da amortização dos juros da dívida, também causará impactos nas condições sociais futuras ante a incerta condição educacional e ante o parco nível industrial e tecnológico que, por falta de recursos, colocará o país em situação de desvantagem em inovação, tecnologia, qualidade e produtividade, qualquer que seja o setor a demandar mão de obra qualificada.

A análise dos aspectos da evolução da dívida pública federal, desde a sua origem, demonstra como ela reflete no desenvolvimento social e como poderá interferir nas futuras gerações. A partir do método dedutivo, a principal questão que se propõe a investigar é: como o constante aumento da dívida irá refletir na posteridade considerando a conseqüente precarização de verbas para concretização dos direitos sociais em decorrência da necessidade do superávit primário? Não

se trata apenas de saber se as gerações futuras terão condições de solver a dívida herdada, mas, saber se essas gerações serão desenvolvidas e competitivas o suficiente para prover e administrar o equilíbrio econômico e fiscal tão fundamental para a saúde financeira de qualquer nação.

1. Aspectos conceituais da dívida pública brasileira e delimitação do tema

O termo dívida pública possui várias acepções e conceitos específicos disponíveis no Glossário da Secretaria do Tesouro Nacional. Será objeto desse trabalho, especificamente a Dívida Pública Federal (DPF) ou Dívida Pública Mobiliária Federal Interna (DPMFi), considerando que, segundo a Secretaria do Tesouro Nacional, atualmente, toda a Dívida Pública Federal em circulação no mercado nacional é paga em real e captada por meio da emissão de títulos públicos, sendo por essa razão definida como Dívida Pública Mobiliária Federal interna (DPMFi), e assim, como a gestão do endividamento público brasileiro reflete no desenvolvimento social do país (TESOURO NACIONAL, 2015).

A Dívida Pública Federal (DPF) é a dívida contraída pelo Tesouro Nacional para financiar o déficit orçamentário do Governo Federal, nele incluído o refinanciamento da própria dívida, bem como para realizar operações com finalidades específicas definidas em lei. A Dívida Pública Federal pode ser classificada de distintas formas, sendo as principais: i) quanto à forma utilizada para o endividamento, e ii) quanto à moeda na qual ocorrem os fluxos de recebimento e pagamento da dívida (TESOURO NACIONAL, 2015).

Em relação à forma, o endividamento por ocorrer por meio da emissão de títulos públicos ou pela assinatura de contratos. Quando os recursos são captados por meio da

emissão de títulos públicos, a dívida daí decorrente é chamada de mobiliária. Quando a captação é feita via celebração de contratos, a dívida é classificada como contratual (TESOURO NACIONAL, 2015).

Os títulos públicos federais são instrumentos financeiros de renda fixa emitidos pelo Governo Federal via oferta pública (leilão) ou diretamente ao detentor. Já os contratos são usualmente firmados com organismos multilaterais, tais como o Banco Mundial e o Banco Interamericano de Desenvolvimento, com agências governamentais, como o Japan Bank For International Cooperation e o KfW, e com bancos privados (TESOURO NACIONAL, 2015).

Em relação à moeda na qual ocorrem seus fluxos de recebimento e pagamento, a Dívida Pública Federal pode ser classificada como interna ou externa. Quando os pagamentos e recebimentos são realizados na moeda corrente em circulação no país, no caso brasileiro o real, a dívida é chamada de interna. Por sua vez, quando tais fluxos financeiros ocorrem em moeda estrangeira, usualmente o dólar norte-americano, a dívida é classificada como externa (TESOURO NACIONAL, 2015).

2. Evolução histórica da dívida pública federal

Conforme Neto (1980, apud SILVA, 2009, p. 33), a origem da dívida interna brasileira se deu no período colonial, no qual, desde os séculos XVI e XVII, empréstimos eram feitos por alguns governadores da Colônia, e, a exemplo do endividamento em outras partes do mundo, tais empréstimos confundiam-se com empréstimos pessoais dos governantes. Nesse período, desconhecia-se completamente o tamanho da dívida, a finalidade do empréstimo e as condições em que era feito.

Castro Carreira (1889, p. 22) relata, que em 18 de março de 1822, a comissão especial dos negócios do Brasil votou

parecer concluindo a dívida passada no Brasil seria declarada como dívida nacional e que a dívida contraída com o Banco do Brasil, seria classificada como dívida pública.

A Constituição Imperial de 1824 estabeleceu no artigo 15, incisos 13 e 14, ser de atribuição da Assembleia Geral autorizar o governo para contrair empréstimos e estabelecer meios convenientes para pagamento da dívida pública.

Aliomar Baleeiro (1974 p. 446) destaca que a Lei 15 de Novembro de 1827 fundou a dívida pública interna e externa, criou o Grande Livro da Dívida e a Caixa de Amortização, assim como, regulou a administração dos empréstimos nacionais segundo os estilos da época.

A Lei de 1827 estabeleceu ainda as bases do sistema da dívida pública interna e foi responsável pelo primeiro lançamento de títulos dessa. Consolidou ainda a dívida flutuante anterior que seria paga com parte dos títulos lançados, estabeleceu a forma de inscrição da dívida e criou a instituição que iria administrá-la até a criação do Banco Central em 1964 (BALEEIRO, 1974, P. 446).

Até 31 de dezembro de 1889 a dívida interna alcançou um montante cinco vezes maior que a receita do país (BALEEIRO, 1974, p. 447).

A Constituição republicana de 1891 estabeleceu, nos incisos 2.º e 3.º do Art. 34, ser competência privativa do Congresso Nacional a autorização ao poder Executivo para contrair empréstimos e fazer operações de crédito, legislar sobre a dívida e estabelecer meios para o seu pagamento. No artigo 84 das Disposições Gerais, o governo da União, afiançava o pagamento da dívida, tanto interna quanto externa.

Na Constituição de 1934, o artigo 39, inciso 3, estipulava ser competência privativa do Congresso Nacional, todavia, com a sanção do Presidente da República, dispor sobre a dívida pública federal e sobre os meios de pagá-la, regular a arrecada-

dação e a distribuição de suas rendas e sobre a autorização nas emissões de papel-moeda e aberturas e operações de crédito.

Em 1937 a Constituição não possuía dispositivo expresso sobre a dívida pública federal.

A Constituição de 1946 trouxe no artigo 65, inciso III ser competência do Congresso Nacional com a sanção do Presidente da República, dispor sobre a dívida pública federal e os meios de solvê-la.

Em 1967, a Constituição previa na seção de Atribuições do Poder Legislativo, artigo 43, inciso II, que caberia ao Congresso Nacional dispor, mediante lei, com a Sanção do Presidente da República, sobre todas as matérias de competência da União, dentre outras, especialmente, sobre o orçamento, a abertura e as operações de crédito, a dívida pública e as emissões de curso forçado.

Por sua vez, a Constituição Federal de 1988, trouxe disposição sobre a dívida também dentro das atribuições do Congresso Nacional para dispor sobre as matérias de competência da União, no artigo 48, inciso XIV, no que tange à moeda, seus limites de emissão e montante da dívida mobiliária federal.

Trouxe também no artigo 166, §3º, inciso II, alínea “b” uma espécie de “blindagem” contra emendas parlamentares, garantindo, assim, como bem elucida Fernando Facury Scaff (2014), uma ampla proteção constitucional contra ingerências parlamentares na determinação orçamentária do montante a pagar.

No início da República a gestão da dívida passava por grandes dificuldades e, conforme demonstra Silva (2009, p. 46), os principais problemas se resumiam no longo período de suspensão do resgate dos títulos em circulação (1839-1889) que afetava credibilidade dessa gestão. Havia ainda, a elevada fragmentação da dívida devido à grande diversidade de instrumentos com prazos e taxas de juros distintos, sendo que os títulos

em circulação eram todos nominativos e suas transferências eram complicadas e burocráticas, dificultando ainda mais a negociação e liquidez da dívida interna (SILVA, 2009, p. 46).

Em 1902, o Decreto nº 4.330, de 28 de janeiro, trouxe a primeira consolidação da dívida na República, cuja iniciativa para resolver o problema da alta fragmentação da dívida foi, de início, bem sucedida, considerando que quase todos os títulos em circulação foram trocados por novos títulos que renderiam juros de 5% ao ano (SILVA, 2009, p.47).

Contudo, o efeito dessa uniformização não durou muito, pois entre 1902 e 1956 (ano de nova consolidação), 145 autorizações para emissão de títulos foram expedidas com elevada falta de padronização nas características desses empréstimos, cujas taxas de juros, variavam de 3% a 7% ao ano e esses novos empréstimos possuíam finalidades diversas como cobertura de déficits orçamentários; recolhimento de papel-moeda; financiamento de obras específicas; aquisição de ativos fixos ou empresas; e pagamento de empréstimos compulsórios, dentre outras. A partir de 1942, as chamadas obrigações de guerra tiveram forte influência na evolução do estoque da dívida interna fundada (SILVA, 2009, p. 48).

Outra consolidação lançada em 1956 como forma de reestruturação do serviço da dívida interna federal, objetivou a padronização e controle da dívida considerando que naquele ano existiam, mais de cento e trinta tipos de títulos em circulação (SILVA, 2009, p. 49).

Uma nova e mais completa Consolidação foi feita em 1962 quando o governo lançou os chamados Títulos de Recuperação Financeira com o fim de unificar a dívida interna da União. Um dos principais marcos da Consolidação de 1962 foi a introdução de uma nova forma de resgate que se dava em vinte prestações anuais iguais, rompendo assim, uma tradição

que vinha desde 1827, de se resgatar os títulos públicos por compra quando fossem cotados abaixo do par, ou, por sorteio de percentual do total da emissão. (SILVA, 2009, p. 50).

Em 1964, a lei 4.357 criou a correção monetária e a lei 4.595, instituiu a reforma bancária, criando o Banco Central e o Conselho Monetário Nacional. Ao Banco Central cabia conforme a lei, a utilização de títulos públicos tanto para a realização de política monetária como para o financiamento da dívida pública.

Nesse contexto, o primeiro instrumento padronizado de dívida pública foi a Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional (ORTN), instituída também pela Lei 4.357/1964 e regulamentada pelo Decreto 54.252/1964. A criação dos títulos com correção monetária representou um grande impulso ao desenvolvimento do mercado de títulos públicos no país. Nesse período, verificou-se um alto crescimento da economia e do volume da dívida pública que em percentuais passou de 0,5% em 1965 a 4% do PIB em 1969. (PEDRAS, 2009, p. 60).

Diante do crescimento do mercado das ORTNs, o Banco Central decidiu pela criação de um outro título mais apropriado às funções de política monetária e por meio do Decreto-Lei 1079 de 29/01/1970 e da resolução nº 150 do Conselho Monetário Nacional, criou as LTNs - Letras do Tesouro Nacional. A entrada das LTNs no mercado aumentou consideravelmente a dívida na década de 1970 e atribuiu-lhe um segundo papel, uma vez que, além de ser instrumento de financiamento do governo, passou a ser também uma aliada na condução da política monetária (PEDRAS, 2009, p. 61).

As crises do petróleo na década de 1970 e 1980 elevaram os níveis de inflação e causaram diminuição nas taxas de crescimento econômico. Em consequência, os investidores passaram a preferir os títulos reajustáveis que passa-

ram a representar quase a totalidade da dívida no final de 1983 (PEDRAS, 2009, p. 61).

Com as dificuldades enfrentadas na década de 1980 viu-se a necessidade de controle e monitoramento da dívida interna devido ao seu elevado crescimento. A fim de centralizar o controle dos gastos públicos, foi criada a Secretaria do Tesouro Nacional por meio do Decreto 92.452 de 10/08/1986 (PEDRAS, 2009, p. 62).

Em 1987 o Decreto 94.443 determinou a transferência da administração da dívida, que até então era de competência do Banco Central, para a Secretaria do Tesouro Nacional, cujas funções foram regulamentadas pela Portaria do Ministério da Fazenda nº 430/87 (PEDRAS, 2009, p. 62).

O congelamento de preços de 1986 determinou também o fim da correção monetária e a redução das taxas reais de juros. As ORTNs passaram a denominar-se OTNs. Nesse cenário, o Conselho Monetário Nacional autorizou o Banco Central a criar a Letra do Banco Central (LBC) cuja principal característica era a remuneração pela taxa Selic com indexação diária. Posteriormente o Decreto-Lei 2.376/1987 criou ainda as Letras Financeiras do Tesouro (LFTs) com a finalidade de financiamento dos déficits orçamentários (PEDRAS, 2009, p. 62).

Na década de 1990 com a edição dos planos econômicos objetivando a diminuição do processo inflacionário e a retomada do controle fiscal, a dívida pública federal apresentou uma trajetória de forte elevação e seu estoque cresceu também de forma brutal. Nos anos iniciais, as preocupações do governo estavam direcionadas para o combate da inflação, que chegava ao patamar de aproximadamente 1.000% ao ano em um cenário de planos de estabilização fracassados. Em 1994, com a implantação do Plano Real a situação inflacionária de início foi resolvida, permitindo aos agentes eco-

nômicos a convivência com momentos de inflação aceitáveis (PEDRAS, 2009, p. 65).

Entretanto, a consequência deste processo de estabilização foi o crescimento elevado da dívida. Nesse período, as altas taxas de juros, indispensáveis para garantir a estabilização, aliadas à grande quantidade de emissões, resultaram em um aumento considerável do estoque da dívida. A fim de evitar a desconfiança do mercado na capacidade de sustentabilidade da dívida pública, foi necessário o aumento do prazo médio de pagamento dessa. Para isso, a partir de 1999, o governo passou a emitir títulos indexados aos índices de preços (PEDRAS, 2009, p. 67).

Em maio de 2000 adveio a Lei de Responsabilidade Fiscal que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal. Essa norma foi exigência do Fundo Monetário Internacional que por meio de seu Comitê Interino procura estimular os países-membros a aplicarem o Código de Boas Práticas para a Transparência Fiscal (OLIVEIRA, 2010, p. 433).

A Lei Complementar 101/2000 foi editada a fim de disciplinar os artigos 163 e 169 da Constituição Federal como um mecanismo de maior controle nas contas públicas prevendo maior rigor para que o governo não contraia empréstimos ou dívidas. A lei prevê alguns instrumentos para o planejamento do gasto público, quais sejam: o Plano Plurianual – PPA, a Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO e a Lei Orçamentária Anual – LOA.

No que tange à Dívida Pública, foi definido na lei o máximo de endividamento para Estados e municípios. Houve a necessidade de impor limites ao endividamento público devido ao crescimento da Dívida no período 1994–2000 como consequência do aumento da despesa pública. Dessa forma, a Dívida Pública não deverá ultrapassar o limite máximo

de duas vezes a Receita Corrente Líquida e para os Estados e 1,2 vezes para os Municípios, conforme os incisos I e II do artigo 3º da Resolução 40/2001 do Senado Federal.

A administração da dívida pública ao longo de 2002 foi fortemente influenciada por choques adversos. No cenário externo, o fraco desempenho da economia dos EUA, as tensões no Oriente Médio, a elevação do preço do petróleo no mercado internacional e o contínuo agravamento da crise argentina foram fatores que imprimiram maior volatilidade aos mercados e contribuíram para a desaceleração econômica. Além disso, no cenário interno, a depreciação cambial, a elevação da taxa Selic para conter a inflação e a retração da demanda por LFT, decorrente da crise que afetou os fundos de investimento, prejudicaram a implementação integral da estratégia planejada pelo Tesouro Nacional. O estoque da dívida no final de 2002 alcançou o montante de R\$ 623,2 bilhões (PAF 2003, p. 7).

Ao final de 2003, foram emitidos títulos prefixados de prazos longos, as chamadas Notas do Tesouro Nacional – Série F, que garantiam o alongamento da dívida prefixada. Naquele ano, o montante da Dívida Pública Federal chegava a R\$ 965,8 bilhões e a DPMFi totalizava R\$ 731,4 bilhões, conforme demonstra o Relatório Anual da Dívida Pública de 2004 (TESOURO NACIONAL, 2005, p. 34).

O quadro a seguir apresenta a evolução do endividamento da União, com base nas informações da Secretaria do Tesouro Nacional no que tange ao estoque das Dívidas DPF (Dívida Pública Federal) e DPFMi (Dívida Pública Mobiliária Federal Interna). O quadro mostra a evolução do estoque da dívida em trilhões nos últimos quatorze anos:

ANO	DPF	DPFMi	ANO	DPF	DPFMi
2005	1.157,1 Trilhão	979,7 Bilhões	2012	2.008,0 Trilhões	1.916,71 Trilhões
2006	1.237,0 Trilhão	1.093,5 Trilhão	2013	2.122,8 Trilhões	2.028,13 Trilhões
2007	1.333,8 Trilhão	1.224,9 Trilhão	2014	2.295,9 Trilhões	2.183,61 Trilhões
2008	1.397,3 Trilhão	1.264,82 Trilhão	2015	2.793,01 Trilhões	2.650,17 Trilhões
2009	1.497,4 Trilhão	1.398,42 Trilhão	2016	3.112,94 Trilhões	2.986,41 Trilhões
2010	1.694,0 Trilhão	1.603,9 Trilhão	2017	3.559,27 Trilhões	3.435,49 Trilhões
2011	1.886,4 Trilhão	1.783,06 Trilhão	Mar/2018	3.636,33 Trilhões	3.507,42 Trilhões

Podemos observar que o montante da dívida mais que triplicou nos últimos quatorze anos e essa situação é motivo de enorme insegurança e preocupação, principalmente considerando que a dívida já ultrapassa o valor do Produto Interno Bruto, que segundo o IBGE, ficou em 6,6 trilhões em 2017.

As crises pelas quais o país e o mundo passaram foram um fator determinante no aumento do endividamento público, entretanto esse não é o único motivo desse aumento exorbitante que presenciamos na última década. O grande problema se resume na capacidade de gerar riquezas e nas

riquezas acumuladas. O endividamento é importante, todavia há a necessidade de um controle sobre seu excessivo crescimento, considerando que para custear o serviço do endividamento diminui-se o investimento em setores importantes para o desenvolvimento social.

Nos primeiros meses de 2018 o volume do endividamento chegou aos assustadores 3,6 trilhões conforme o Relatório Mensal da Dívida disponibilizado pela Secretaria do Tesouro Nacional. A questão a ser respondida agora é: qual o reflexo desse excessivo endividamento para as futuras gerações? Desde o início do endividamento, gerações e gerações vem pagando essa conta social, todavia podemos afirmar que o país se desenvolveu no mesmo nível que se endividou?

3. O reflexo do endividamento público na sociedade e nas futuras gerações

Que a harmonia entre receita e despesas é o princípio básico do orçamento isso todos já sabemos, o que ainda não aprendemos é como manter esse equilíbrio harmonioso ante o aumento das despesas em maior quantidade que a receita prevista.

Liberato de Castro Carreira (1889, p. 5), já nos alertava em 1889 que a vida econômica e administrativa de um país tem forte relação entre si, de forma, que a prosperidade de uma implica na medida do bem-estar e da excelente organização da outra, resultando no grande axioma administrativo: *boas finanças, boa política*.

O sistema social dá forma às futuras necessidades e aspirações de seus cidadãos determinando em parte, que tipo de pessoas eles querem ser e o tipo de pessoas que são. Nesse sentido, um sistema econômico não é apenas um dispositivo institucional para satisfazer os desejos e necessidades de ago-

ra, mas uma forma de criar e modelar as necessidades futuras (RAWLS, 1997, p. 5).

Dito isso, observamos que a evolução do endividamento público brasileiro leva a constatar que o nosso sistema econômico tem se destacado como um dispositivo institucional para a satisfação dos desejos e necessidades existentes no agora ou para um futuro de no máximo uma ou duas legislaturas, sem que haja uma maior preocupação ou planejamento em prol de modelar as necessidades futuras.

Não se propõe aqui afirmar que o endividamento público não é devidamente planejado, muito menos desprestigiar todo o processo de elaboração orçamentária e todos os esforços obtidos para melhorar as condições do crédito público no Brasil. A questão não é somente quanto se pagou ou teremos a pagar, mas também para quem pagar. Quem lucra com a necessidade de endividamento de uma nação? A que preço os desvios de verba pública se revertem em dívida social? E mais, considerando o aumento do endividamento na última década, pode se afirmar que o país se desenvolveu socialmente na mesma proporção?

Nota-se que a obtenção de empréstimos públicos se evidencia como antecipação da receita tributária futura e desse modo se compromete o tributo de amanhã para satisfazer os gastos de hoje. E esse comprometimento se dá a um preço muito alto, tanto pela quantidade de juros a ser paga, quanto pelo pouco a ser investido nas gerações que herdarão essa dívida (SCAFF, 2014, p.39).

Nesse sentido, A dívida pública, obriga o futuro sustentar o presente, por determinado preço, que são os juros cobrados, conforme a aguda observação de Alessandro Octaviani (2011, p. 1190 apud SACFF, 2014, p. 39), e serão as futuras gerações que arcarão com o custo dos gastos realizados hoje com base em empréstimos que serão pagos no porvir.

O ranking mundial de desenvolvimento humano dos países apresenta o índice de cada nação, que varia de 0 a 1, e, quanto mais próximo de um, mais desenvolvido é o país. No RDH divulgado 2017, o Brasil registrou IDH de 0,754, mesmo índice que havia sido registrado em 2014. No ranking de 188 países, o Brasil ocupa desde 2013 a 79ª posição (PNUD BRASIL, 2015).

A Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios - PNAD investiga anualmente, de forma permanente, características gerais da população, como educação, trabalho, rendimento e habitação e outras, com periodicidade variável, de acordo com as necessidades de informação para o País, como as características sobre migração, fecundidade, nupcialidade, saúde, segurança alimentar, entre outros temas.

Esses indicadores mostram que em 2015 a taxa de desemprego nas regiões metropolitanas do Brasil subiu de 6,9% em maio de 2012 a 11,8% em 2017, segundo dados da Pesquisa Nacional por Amostras de Domicílio (PNAD/2017).

Uma pesquisa da empresa de recrutamento Manpower Group, divulgada em agosto de 2014, mostrou que a taxa de escassez de talentos (mão de obra qualificada) no Brasil foi de 63%, quase o dobro da média mundial (36%). Foram ouvidos na sondagem mais de 37 mil empregadores de 42 países e territórios. Em 2015 esse número diminuiu para 61%, ou seja, 61% dos empregadores encontraram dificuldade para preenchimento de vagas no país e dessa escassez, 34% se deve à falta de habilidades técnicas, 35% a ausência de candidatos, 22% a falta de experiência, 17% falta de habilidades interpessoais (habilidades 'soft'),¹³ e 13% em busca de uma remuneração mais alta que a oferecida.

13. Os problemas de falta de habilidades 'soft' mais comuns são: a falta de profissionalismo (6%) e entusiasmo, motivação e uma mente que busca a aprendizagem (6%).

Outro levantamento, da Fundação Dom Cabral (FDC), em São Paulo, publicado em abril de 2014, divulgou que nove entre cada dez empresas brasileiras apresentam dificuldades em preencher seus quadros. As companhias citaram a escassez de profissionais capacitados (83,23%) e a deficiência na formação básica (58,08%) como os principais entraves para assinar carteiras. O estudo foi realizado com base em dados fornecidos por 167 empresas de diferentes setores que, juntas, respondem por 23% do PIB (RESENDE, 2014, p. 4).

Muitos índices poderiam ser apontados nessa pesquisa no que tange ao desenvolvimento social do país nas últimas décadas, todavia, se apontássemos todos os números, de um artigo partiríamos para uma tese, o que não é nosso o propósito. Os números falam por si e podemos perceber que muito embora haja financiamento de direitos humanos e sociais, essa demanda ainda é um desafio para o orçamento brasileiro. Desafio que ficará cada vez mais difícil de resolver considerando o excessivo aumento dos gastos com o serviço da dívida pública e o reflexo negativo dos cortes orçamentários nas áreas sociais e de desenvolvimento.

John Kenneth Galbraith (1996, p. 61), defende a possibilidade de déficits públicos recorrentes, afirmando que onde os gastos públicos promovem ou, de fato, são essenciais para o crescimento futuro da economia – produção, nível de emprego e renda maiores com que sustentar as receitas públicas futuras –, contrair empréstimos é perfeitamente aceitável, e isso não pode ser considerado um ônus para as gerações futuras, sendo que as gerações futuras deverão pagar pelo que usarão.

O problema, entretanto, reside quando o déficit e as taxas de juros aumentam além do crescimento da economia, pois, nesse caso, será necessário analisar se os investimentos públicos são suficientes à expansão econômica necessária, sendo claro que esta análise de partir do pressuposto de uma

eficiência geral na administração pública e inteligência na avaliação das funções públicas (GALBRAITH, 1996, p. 63).

Conclusão

Após a observação da evolução do endividamento público ao longo da história do país, pode-se concluir que a dívida pública interna brasileira demandou um aumento muito maior que o desenvolvimento social do Brasil. Não se nega, todavia, que grande parte desse endividamento se deu para custear o desenvolvimento e a infraestrutura nacional. Muito embora se considere que o país evoluiu em vários setores no decorrer dessa história, ainda há muito a crescer e desenvolver. O que se percebe é que a dívida cresce assustadoramente e o país pouco se desenvolve na questão social e tecnológica.

A influência do custo dessa dívida para as futuras gerações está no sentido de que cada vez mais teremos menos mão de obra qualificada, menos pessoas com formação profissional e acadêmica suficientes para sustentar o mercado de trabalho. O número de pessoas a necessitar do amparo estatal tende a aumentar devido ao parco investimento em educação de qualidade, inovação e formação profissional.

O custo para as futuras gerações não será apenas do endividamento, mas da falta de investimento suficiente nos profissionais do futuro. A poupança intergeracional proposta por Rawls, é, o investimento que se faz nas pessoas que queremos ser e que queremos ter como base da sociedade futura. Uma sociedade rica e qualificada é perfeitamente capaz de suprir uma dívida de grandes proporções desde que esteja devidamente preparada para esse desafio e desde que se desenvolva proporcionalmente.

Por fim, o grande desafio da sociedade brasileira e de seu vagaroso desenvolvimento não se resume no endividamento,

mas na gestão irresponsável e cíclica de governantes que não cumprem a lei. Para o Direito, a solução que se pode apresentar é o fiel cumprimento da lei em conjunto com a responsabilização dos atos de corrupção e má gestão da coisa pública.

Referências bibliográficas:

BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

BRASIL, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE: **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua - PNAD Contínua**. Disponível em: < <https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/sociais/trabalho/17270-pnad-continua.html?edicao=20915&t=sobre>> acesso em 10/05/2018.

_____, **Constituição Política do Império do Brazil de 25 de março de 1824**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm.> Acesso em 24/06/2015.

_____, **Lei de 15 de Novembro de 1827**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-38438-15-novembro-1827-566772-publicacaooriginal-90262-pl.html> acesso em 24/06/2015

_____, Tesouro Nacional. **Secretaria do Tesouro Nacional - Glossário**. Disponível em: <<http://www.tesouro.fazenda.gov.br/glossario>> acesso em 23/06/2015.

_____, Tesouro Nacional. **O que é a Dívida Pública Federal?** Disponível em: <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/divida-publica-federal/-/asset_publi

sher/Rhu8uJONidEZ/content/id/227395> acesso em 24/06/2015.

_____. Tesouro Nacional. **Dívida Pública: Plano Anual de Financiamento 2003**. Disponível em: http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/137713/paf_2003.pdf, acesso em 24/06/2015.

_____. Tesouro Nacional. **Relatório Anual da Dívida Pública - 2004**. Disponível em: http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/137713/Relatorio_Divida_2004.pdf, acesso 25/06/2015.

_____, Tesouro Nacional. **Relatório Anual da Dívida Pública, 2005-2015**. Disponível em: < <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/relatorio-anual-da-divida>> acesso em 10/05/2018.

_____, Tesouro Nacional. **Relatório Anual da Dívida Pública - 2016**. Disponível em: https://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/566998/Texto_RMD_Dez_16.pdf/06ee86c7-a8d9-4319-8e3f-2a-721d60d2d1, acesso em 10/05/2018.

_____, Tesouro Nacional. **Relatório Anual da Dívida Pública - 2017**. Disponível em: < <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/269444/RA-D+2017/73b6e764-0a77-4c99-9f79-3a3d9e7c5c1f>> acesso em 10/05/2018.

_____, Tesouro Nacional. **Relatório Mensal da Dívida Pública - Março/2018**. Disponível em: < https://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/655201/Texto_RMD_Mar_18.pdf/c3a-0136d-1979-4215-9b28-a1c0c53dcebc> acesso em 10/05/2018.

CARREIRA, Liberato de Castro. **História financeira e orçamentária do Império do Brasil desde a sua fundação**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1889. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/222259>, acesso em 23/06/2015.

GALBRAITH, John Kenneth. **A Sociedade Justa. Uma Perspectiva Humana**. RJ: Campus, 1996, pág. 61-63.

MANPOWERGROUP, **Pesquisa de Escassez de Talentos** – ManpowerGroup – 2015, disponível em: <<https://www.manpowergroup.com.br/wp-content/uploads/2016/02/Pesquisa-Escassez-de-Talentos-2015.pdf>> acesso em 10/05/2018.

OLIVEIRA. Regis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PEDRAS, G. B. V. **História da dívida pública no Brasil: de 1964 até os dias atuais**. In: SILVA, A. C. et al. **Dívida Pública – a experiência brasileira**. Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional: Banco Mundial, 2009. Disponível em: <http://www3.tesouro.gov.br/divida_publica/downloads/livro/livro_eletronico_completo.pdf> acesso em 23/06/2015.

RAWLS, John. **Uma teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

PNUD, **Relatório do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento**. Disponível em: < <http://www.pnud.org.br/noticia.aspx?id=3909>> acesso em 10/05/2018.

UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME, **Human Development Report 2016**. Dis-

ponível em: <<http://www.br.undp.org/content/dam/brazil/docs/RelatoriosDesenvolvimento/undp-br-2016-human-development-report-2017.pdf>> acesso em 10/05/2018.

RESENDE, Paulo; SOUSA, Paulo Renato de. **Carência de profissionais: um desafio para as grandes empresas brasileiras.** Nova Lima, Fundação Dom Cabral, FDC Executive, FE1401, 4p. Disponível em: <<http://www.fdc.org.br/professorespesquisa/publicacoes/Paginas/publicacao-detalhe.aspx?publicacao=18453>> acesso em 10/05/2018.

SCAFF, Fernando Facury. **Crédito Público e sustentabilidade financeira.** *Revista Direito à Sustentabilidade.* Universidade Estadual do Oeste do Paraná, Campus Foz do Iguaçu. Centro de Ciências Sociais aplicadas, v. 01, n.1. For do Iguaçu: Triunfal Gráfica e Editora, 2014.

SCAFF, Fernando Facury. **Dívida Pública atrasa ampliação de Direitos Fundamentais e Investimento Público.** *Contas à Vista.* Consultor Jurídico, 9 de setembro de 2014. <http://www.conjur.com.br/2014-set-09/contas-vista-divida-publica-atrasa-ampliacao-direitos-fundamentais>. Acesso em 23/06/2015.

SILVA, Anderson Caputo; CARVALHO, Lena Oliveira de; Medeiros, Otavio Ladeira (organizadores). **Dívida Pública: a experiência brasileira.** Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional. Banco Mundial, 2009. Disponível em: http://www3.tesouro.gov.br/divida_publica/downloads/livro/livro_eletronico_completo.pdf, acesso em 23/06/2015.

Uma abordagem da cidadania brasileira

Rômulo Lopes Camurça

Introdução

Objetiva-se, nestes escritos, discorrer acerca da tendência inclusiva ou exclusiva na cidadania brasileira e da distribuição igualitária de direitos. Foram desenvolvidos quatro tópicos: os dois primeiros são introdutórios e conceituais e objetivam esclarecer um pouco da história e do significado de cidadão e de cidadania; o terceiro, sem qualquer pretensão de exaurimento do tema, aborda, de forma geral, o caráter inclusivo da cidadania constitucional brasileira; por fim, o quarto tópico se compromete em enfrentar o problema da distribuição desigual de direitos na cidadania brasileira, evidenciando ou não o aspecto da discriminação puramente racial.

1. Aspectos históricos – uma brevíssima história da cidadania

A origem da cidadania se reporta à Grécia Antiga. Era na polis que homens livres participavam politicamente da vida

pública, através de uma democracia direta. Segundo Manzini-Covre (1996, p. 18), a cidadania está relacionada ao surgimento da vida na cidade, à capacidade de os homens exercerem direitos e deveres de cidadão.

É de Aristóteles (*online*) a famosa frase: “*el hombre es un ser esencialmente sociable*”¹⁴. Significa que o homem tem a capacidade de organizar a cidade através da virtude, ou seja, através da reflexão, do diálogo, da persuasão e não da utilização da força bruta e até mesmo das vontades divinas. Destaca-se, contudo, que a cidadania na Grécia Antiga era restrita, ou seja, exercida apenas pelos homens livres, excluindo mulheres, crianças e escravos.

Após um período de estagnação democrática, em função do centralismo religioso-monárquico do feudalismo, essencialmente rural, uma nova realidade é estabelecida a partir do renascimento e das revoluções burguesas. Surge a cidadania propriamente dita, que se caracteriza pelo retorno à vida urbana, em que o homem resgata da Grécia Antiga valores relacionados à cidade, antes, como dito, esquecidos em função do regime feudal. O homem migra do campo à cidade, estabelece, em prol do individualismo, limites ao Estado e à Igreja. Também é o período em que se formam os Estados Nações baseados no Direito e em princípios de igualdade, fraternidade e liberdade. Nestes termos, Manzini-Covre (1996, p.19):

Para uma primeira aproximação, vale a pena retroceder às revoluções burguesas, particularmente à Revolução Francesa. Com elas, estabelecem-se as Cartas Constitucionais, que se opõem ao processo de normas difusas e indiscriminadas da sociedade feudal e às normas arbitrárias do regime monárquico dita-

14. O homem é um ser essencialmente social.

torial, anunciando uma relação jurídica centralizada, o chamado Estado de Direito.

Sinaliza-se, de certa forma, que a ascensão burguesa possibilitou a ideia de igualdade, pelo menos perante a lei. O individualismo passa a ser uma característica importante na cidadania, que desde então passa a ser objeto de estudo e desenvolvimento a partir de Cartas Constitucionais, obrigando Estados Nacionais a estabelecer equilíbrio entre o aspecto social e o aspecto econômico.

No tocante à cidadania brasileira, destaca-se que do seu descobrimento, em 1500, até o fim do período colonial, precisamente em 1822, o Brasil era apenas uma colônia portuguesa e, por isso, reinava o absolutismo, a escravidão e a sua economia girava em torno da monocultura de exploração. Não existia política social e a maioria de sua população era analfabeta.

Com a proclamação da independência pouco se alterou, principalmente por não ter sido proclamada por meio de uma revolução civil e sim por um modelo monárquico que garantiu o poder das elites e a manutenção da ordem social. Porém, apesar de toda a herança colonial herdada, um Estado de fato passou a existir, permitindo que a semente da cidadania fosse plantada em solo brasileiro.

Foi no ano de 1930 que a cidadania brasileira de fato avançou. Segundo Silva (2011, *online*), o movimento revolucionário do referido ano correspondeu a única tentativa de manifestação popular ativa, organizada e de amplitude nacional da história do Brasil. Além disso, registra que a participação das massas populares e o sentimento nacionalista dos cidadãos deu ao movimento um caráter diverso da proclamação da república, representando assim uma maior ampliação na noção de cidadania. Relata também que nesse período se multiplicaram os sindicatos e os partidos políticos, e o cenário político

brasileiro atingia vários grupos sociais, como operários, classe média, militares, industriais e oligarquias dissidentes.

Por fim, o ápice da cidadania brasileira se dá com a constituição de 1988, que reconhece e garante direitos de cidadania. De acordo com Silva (2005, p. 90) é intitulada por Ulisses Guimarães, Presidente da Assembléia Nacional Constituinte, de Constituição Cidadã porque teve ampla participação popular em sua elaboração e, especialmente, porque se volta decididamente para a plena realização da cidadania.

2. Aspectos conceituais

Conforme Passos (2001, p.1, *online*), “nada é mais traiçoeiro do que se acreditar saber o exato significado de palavras qualificadas como “corriqueiras”, de tão utilizadas no cotidiano”. É com essa cautela que se abordará o conceito de cidadão, não se apegando apenas ao significado puro e simples da palavra. Dentro de um corpo existe uma alma e é com essa ideia, de forma breve, que se procurará explorar o referido conceito.

Desta forma, de uma maneira geral, ser cidadão é ter e exercer a cidadania; gozar os direitos civis e políticos; cumprir os deveres que temos para com o Estado e a sociedade. Porém, de acordo com Herkenhoff (2007, p.15-18), esta conceituação não engloba a amplitude do significado do termo cidadão e assim explica:

Consequentemente, a cidadania não se resume ao estado ou qualidade de quem goza os direitos e desempenha os deveres referidos no parágrafo anterior. A cidadania hoje é muito mais do que isto. Ser cidadão não é apenas desfrutar de um status político e social, ou seja, a cidadania não se concretiza somente na dimensão do ser. Ser cidadão é participar da vida

política, social, econômica e cultural, como teremos oportunidade de examinar no decorrer deste livro. Em outras palavras: a cidadania ultrapassa a dimensão do ser para projetar-se na dimensão do atuar, do participar, do vivenciar. Essa ampliação de sentido é consequência de um fato. A língua é um organismo vivo: nasce, cresce, morre. As palavras surgem de acordo com a necessidade que as pessoas têm de expressar idéias e pensamentos. Por esta razão, estão sempre aparecendo palavras novas. A palavra computador foi inventada quando se descobriu a maravilhosa máquina inteligente à qual foi dado este nome. Da mesma forma as palavras televisão, Internet e tantas outras apareceram rentes ao avanço científico e tecnológico. Com o tempo, as palavras, às vezes, ampliam seu significado. É o que aconteceu com cidadão e cidadania, como veremos.

Observa-se, portanto, que cidadão é o indivíduo que goza de direitos civis e políticos de um Estado. Ou seja, ser cidadão é ter direito à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade perante a lei. Participar da sociedade, poder votar e ser votado, exercer direitos políticos. Ainda assim, apesar de tudo isso, destaca-se que não é só. Além dos direitos civis e políticos é necessária, para assegurar a democracia, a participação do indivíduo na coletividade através do acesso aos direitos sociais (direito à educação, ao trabalho justo, à saúde, a previdência). Nesse mesmo sentido, importante são as palavras de Passos (2001, p.8, *online*):

Cidadania, portanto, engloba mais que direitos humanos, porque além de incluir os direitos que a todos

são atribuídos, em virtude de sua condição humana, abrange, ainda, os direitos políticos. Correto, por conseguinte, falar-se numa dimensão política, numa dimensão civil e numa dimensão social da cidadania. Ser cidadão implica na efetiva atribuição de direitos nas três esferas mencionadas, porque careceria de sentido participar do governo sem condições de fazer valer a própria autonomia, bem como sem dispor de instrumentos asseguradores das prestações devidas, pelo Estado, em nome da igualdade de todos.

Além disso, nos dizeres de Manzini-Covre (1996, p. 10), só existe cidadania se houver a prática da reivindicação, da apropriação de espaços, da pugna para fazer valer os direitos do cidadão. No mesmo sentido, Manzini-Covre (1996, p.33) também registra que só as leis não constroem a cidadania, mas é importante que os homens comuns, trabalhadores, se apropriem também do espaço para a construção de leis favoráveis à extensão da cidadania. Vislumbra-se, portanto, que a prática da cidadania, a postura de pró-atividade, pode ser a estratégia, por excelência, para a construção de uma sociedade melhor.

Nesse contexto de cidadania pela pró-atividade, importante também a abordagem Miyamoto e Krohling (2012, p.22, *online*) que concebem o direito de ter direito, porém, em uma noção arendtiana de cidadania, os direitos não nos são dados e sim construídos dentro de uma organização humana.

Por tudo isso, compreende-se que cidadania é a qualidade do cidadão de poder exercer o conjunto de direitos e cumprir deveres que lhe são impostos. Expressa, na realidade, o exercício da democracia por todos através de uma participação responsável na sociedade, zelando por seus direitos e o da coletividade.

3. O aspecto inclusivo na cidadania brasileira

O diagnóstico da cidadania brasileira é uma tarefa um tanto abrangente e, por questões de objetividade, a sua abordagem se dará pelo estudo a partir das constituições brasileiras, por meio de um olhar voltado para a constatação ou não do seu caráter inclusivo. Também, como consequência natural, há a intenção de preparar uma base para se verificar as possibilidades de exercício de cidadania ao longo da história constitucional do Brasil.

Feita a necessária digressão, aponta-se no Brasil, de um ponto de vista constitucional, que a constituição de 1824 marca o início da normatização da cidadania política brasileira. Logo abaixo, como dispositivo determinante e inaugural, o seu art.6^o traz a primeira prescrição acerca da cidadania brasileira.

I. Os que no Brazil tiverem nascido, quer sejam ingenuos, ou libertos, ainda que o pai seja estrangeiro, uma vez que este não resida por serviço de sua Nação. (grifo nosso)

II. Os filhos de pai Brasileiro, e Os illegitimos de mãe Brasileira, nascidos em paiz estrangeiro, que vierem estabelecer domicilio no Imperio.

III. Os filhos de pai Brasileiro, que estivesse em paiz estrangeiro em sorviço do Imperio, embora elles não venham estabelecer domicilio no Brazil.

IV. Todos os nascidos em Portugal, e suas Possessões, que sendo já residentes no Brazil na época, em que se proclamou a Independencia nas Provincias, onde habitavam, adheriram á esta expressa, ou tacitamente pela continuação da sua residência.

V. Os estrangeiros naturalizados, qualquer que seja a sua Religião. A Lei determinará as qualidades precisas, para se obter Carta de naturalização.

Verifica-se que na primeira constituição brasileira se considerava cidadão todos aqueles que se enquadrassem em um dos incisos do respectivo artigo. Com maior destaque para o inciso I, nota-se, de uma maneira geral, que eram incluídos como cidadãos brasileiros todos aqueles que “tiverem nascido, quer sejam ingênuos, ou libertos, ainda que o pai seja estrangeiro, uma vez que este não resida por serviço de sua Nação”.

Na constituição seguinte, a de 1891, no seu art. 69, no tocante ao aspecto geral de cidadania (primeiro item), em função da abolição da escravidão no Brasil, suprime os termos ingênuos e libertos e assim a define: os nascidos no Brasil, ainda que de pai estrangeiro, não residindo este a serviço de sua nação.

No mesmo sentido as constituições de 1934, 1937, 1946, que nada suprimiram e/ou acrescentaram no dispositivo relacionado ao aspecto geral de cidadania, apenas organizando e alterando o dispositivo com cláusulas relativas à filiação e naturalização. As constituições de 1967 e 1988, bem como a emenda constitucional n° 1 de 1969, seguem a mesma linha, conservando o núcleo “os nascidos no Brasil” e, por uma melhor interpretação, alteraram apenas o aspecto do filho de pais estrangeiros, que em vez de “não residindo estes a serviço de sua nação” alteraram para “não estando estes a serviço de seu país”.

Desde o seu início, portanto, se verifica na formulação da cidadania brasileira a predominância do *jus solis* incondicional, ou seja, independente de raça, cor, sexo e religião e, também, do *jus sanguinis* condicionado. De uma forma geral, ressalvada a restrição da primeira constituição acerca da condição de liberdade, o nascimento no território brasileiro tem sido reproduzido em todas as constituições nacionais, sendo,

portanto, um fator determinante para a assunção de cidadania e para sua qualificação como formalmente includente. Houston (2013, p.97), de forma comparada, enaltece bem essa característica inclusiva da cidadania brasileira:

A interpretação brasileira dos *jus soli* diferia de maneira significativa de sua contraparte americana como base para uma cidadania geral. Nos Estados Unidos, condições de raça e de escravidão restringiam preventivamente o *jus soli*. No Brasil, uma sociedade não menos escravista, com um número enorme de negros, índios e mestiços em vários estados de emancipação, foi condicionada apenas pela liberdade – e mesmo assim, não de forma absoluta. A cidadania *jus soli* era includente e irrestrita para todas as pessoas livres do Brasil, independentemente de seu perfil racial.

Apesar de sua notória importância, especialmente pela definição de cidadão e pela atribuição e qualificação do aspecto inclusivo de quem é e não é cidadão no Brasil, ressalta-se que a compreensão da cidadania brasileira não deve ser pautada apenas no sentido formal acima descrito.

É necessária uma maior interpretação, pois há que se considerar que ser convidado para uma festa não significa plena participação, com acesso VIP, disponível a tudo e a todos. Holston (2013, p.67), especificamente em relação à cidadania brasileira, sugere que ela tem sido nos últimos dois séculos coerente na manutenção de um regime de incorporação includente, porém com distribuição desigual de direitos.

Portanto, observa-se a necessidade de superação do formalismo, complementando a ideia constitucional de cidadania brasileira por meio de uma compreensão mais abrangente, com base na evolução da própria sociedade e em relação

aos conceitos de inclusão social e distribuição de direitos, que se dá de maneira diferente no tempo e no espaço. Pinsk (2013, p.9), corrobora bem com essa ideia:

Cidadania não é uma definição estanque, mas um conceito histórico, o que significa que seu sentido varia no tempo e no espaço. É muito diferente ser cidadão na Alemanha, nos Estados Unidos ou no Brasil (para não falar dos países em que a palavra é tabu), não apenas pelas regras que definem quem é ou não titular da cidadania (por direito territorial ou de sangue), mas também pelos direitos e deveres distintos que caracterizam o cidadão em cada um dos Estados-nacionais contemporâneos.

Do ponto de vista histórico, Herkenhoff (2007, p.19) aborda que a cidadania também alarga-se ao longo do tempo:

O conteúdo da cidadania alargou-se ao longo da História. A cidadania hoje não tem apenas o conteúdo civil e político de sua formulação original. Atualmente a cidadania abrange outras dimensões. [...] Parece-me que essas dimensões resumem a essência da cidadania: a dimensão social; a dimensão econômica; a dimensão educacional; a dimensão existencial.

Holston (2013, p. 13) também destaca que todos os Estados nacionais lutam para administrar as diferenças sociais que distinguem entre seus habitantes. Observa que a maior parte dos países administra essas diferenças de acordo com as formulações de igualdade e desigualdade que definem suas cidadanias.

Observa-se, portanto, através de uma análise constitucional, que podemos considerar a cidadania brasileira formalmente

includente, porém, diante da dinâmica e evolução da sociedade, verifica-se a necessidade de uma maior preocupação por parte dos Estados nacionais em compreender as inúmeras diferenças sociais existentes entre seus habitantes, de forma a permitir a inclusão material, ou seja, que todos participem e vivenciem a cidadania de forma igualitária e em suas várias dimensões.

Por conseqüência, a análise do próximo tópico, relacionada ao acesso e distribuição de direitos ao longo da evolução constitucional da cidadania brasileira, torna-se fundamental para os objetivos deste trabalho, servindo necessariamente de base para a posterior verificação da pertinência ou não das cotas raciais em concursos públicos como fator de busca de justiça social.

4 A distribuição de direitos na cidadania brasileira

Do ponto de vista fático, firma-se em nossa sociedade uma histórica discussão acerca da exclusão social do negro, do preconceito em si, do cerceamento de seus direitos e a sua conseqüente impossibilidade de exercer plenamente a cidadania. Tudo é real ou existe um nível de sentimento não considerado? O passado opressor, sempre lembrado quando dessa discussão, continua a existir nos dias de hoje? A existência de preconceito significa necessariamente restrição a direitos? São indagações que servem mais para nos alimentar de prudência e reflexão e menos para nos satisfazer com uma formação de resposta única, pronta e acabada.

Desta forma, para o enfrentamento deste tópico, um ponto a ser avultado é a retomada de trechos do item anterior, em que a cidadania brasileira é formalmente inclusiva, com predominância do *jus solis* incondicional, ou seja, independente de raça, cor, sexo e religião. Abordou-se que esse caráter inclusivo não a torna suficiente e adequada sob o ponto de vista

da equidade, por isso a ilustração de que ser convidado para uma festa, fazer parte dela, não significa ter participação plena.

Ainda assim, conforme descrito no tópico 2, quando da abordagem dos aspectos conceituais, é relevante para a cidadania o pleno exercício dos direitos civis, políticos e sociais. Afinal, de forma exemplificativa, quem não tem acesso a uma boa educação não poderá participar com qualidade nos assuntos da sociedade, ficando a sua margem, não podendo exercer o papel de cidadão em sua autonomia e plenitude, em suas várias perspectivas, seja no binômio negro-branco como também em outros (binômio homem-mulher, rico-pobre, empregado-empregador, hetero-homossexual etc).

E em se tratando de cidadania, é necessário, portanto, que haja justiça na distribuição e no acesso igualitário de direitos (lembra-se que há desigualdades necessárias para o estabelecimento de igualdade material), mesmo sabendo do pragmatismo existente em uma sociedade, que se compõe de vários grupos sociais com interesses próprios e às vezes coletivos. Neste sentido Manzini-Covre (1996, p.8):

Mas de que cidadania fala cada um desses grupos sociais, personagens que ocupam posições tão diferentes na sociedade? Alguns deles têm acesso a quase todos os bens e direitos; outros não, em virtude do baixo salário e do não direito à expressão, à saúde, à educação etc.

Holston (2013, p.97-98), novamente, quando da análise da formulação de nossa cidadania, volta a registrar que embora fosse a cidadania brasileira includente, não era igualitária. Relata que apesar de nascidos no país nem todos tinham direitos legalmente iguais e uniformes, sendo, portanto, uma cidadania de incorporação includentemente desigualitária usada

para consolidar uma estrutura social profundamente hierarquizada. Compara o modelo brasileiro ao francês e americano, realçando que estes consideraram o princípio da igualdade na formulação da cidadania, na compreensão de tudo ou nada, sendo cidadão, será igual em direitos e deveres. Na cidadania brasileira, pelo contrário, Holston (2013, p.98) afirma: “a igualdade não era uma expectativa vinculada à cidadania”.

Carvalho (2008, p.229) reforça essa ideia de desigualdade em nossa sociedade quando relata a incapacidade do nosso sistema representativo de por fim a divisão dos brasileiros em castas separadas pela educação, renda e cor.

Necessário se faz então verificar se essa cidadania desigual é direcionada para os negros, ou na realidade tem por fim interesses outros que não uma perseguição pura e simplesmente racista. Manzini-Covre (1996, p.58) em uma crítica a nossa cidadania do início do período republicano, aborda uma percepção de preconceito mais geral, voltada para conflitos entre classes e não especificamente entre raças, embora considere a sua existência. Veja-se:

Mas e o povo, a maioria da população brasileira? Vivia pobremente, da economia de subsistência. Os rurícolas retiravam do campo praticamente tudo para suprir sua vida. Tinham pouquíssimos direitos e, apesar da libertação dos escravos, **negros e brancos pobres viviam em condição semi-escravista** (grifo nosso).

E noutro momento de sua obra, Manzini-Covre (1996, p.28) assenta bem a ideia da influência econômica como fator determinante de desigualdades na cidadania, qualificando-a mais pelo formalismo e menos pela substância. Afirma que quando se tem um conceito de cidadania vinculado reciprocamente à propriedade, trata-se de uma cidadania mais formal,

que serve à dominação. Num tipo de cidadania mais efetivo, os direitos são extensivos, quantitativa e qualitativamente a todos.

Meira (2010, p.20 – 21, *online*), ao refutar o raciocínio da reparação histórica em favor do negro como justificativa para tratamento desigual na sociedade, reforça que a percepção de desigualdade e a própria escravidão não era de cunho racial.

Há uma quantidade imensa de equívocos e inexatidões históricas e lógicas nesse raciocínio. Em primeiro lugar, ele parte do pressuposto histórico falso de que a escravidão foi um fato racial, em que uma raça (a branca) teria escravizado outra raça (a negra). Na verdade, a escravidão foi um fato econômico que não seria possível sem que reais interesses comerciais relacionados ao tráfico transatlântico existissem em ambas as margens do oceano. De fato, é dado histórico inegável que os negros eram escravizados primeiramente por tribos rivais do mesmo continente e só depois vendidos aos europeus. Além disso, no Brasil, os negros não eram somente escravos, mas também tiveram participação expressiva como proprietários de escravos. O historiador José Roberto Pinto Góes nos informa que, por volta de 1830, em Sabará, Minas Gerais, quase metade da população livre de cor tinha escravos. Já, na região de Campos, ainda de acordo com Pinto Góes, um terço da classe senhorial era de descendentes de escravos.

Relevantes são os dizeres de Chaia (*online*), quando da análise do voto na história política brasileira, que aborda dentre outras, a discriminação de renda, abolida entre o período de 1889 e 1930 e a de gênero, em que a mulher por muitos anos foi excluída de qualquer participação política.

No período da República Velha, entre 1889 e 1930, algumas alterações foram executadas: aboliu-se a restrição da renda; o analfabeto perdeu o direito do voto; a Constituição de 1891 instituiu que os eleitores deveriam ser maiores de 21 anos; excluíram-se mulheres, mendigos, praças de pré e religiosos em comunidade claustral. O argumento utilizado para a exclusão de analfabetos e mulheres do processo eleitoral justificava-se pela ideia de que seriam mais influenciáveis, fosse pelos patrões, fosse pelos maridos e pais. Portanto, por esse argumento as mulheres e os analfabetos não teriam opinião política própria.

Porém, de forma mais direta, Gomes (2013, p. 462 - 463) enfatiza a intolerância contra a população negra como uma das características contundente de nossa democracia. Ele registra que faltam políticas públicas com relação aos ex-escravos e seus descendentes e, além disso, registra a existência de políticas no período republicano que reforçaram a intolerância contra a população negra, quais sejam: concentração fundiária nas áreas rurais, marginalização e repressão nas áreas urbanas.

Pelo exposto, constata-se que o assunto é tormentoso, mas real. A desigualdade na distribuição de direitos existe, é histórico-constitucional, ou seja, faz parte da superação e evolução do nosso constitucionalismo. E quando se analisa a cidadania brasileira pela sua evolução constitucional, verifica-se, de fato, a existência de desigualdade de naturezas diferentes, não apenas racista. Na realidade, de forma enfática, apenas na constituição de 1824 se verifica registro de cunho racista, embora não se tenha utilizado explicitamente a palavra negro. O artigo abaixo não deixa dúvidas ao prescrever a exclusão da participação política brasileira dos “libertos”.

Art. 94. Podem ser Eleitores, e votar na eleição dos Deputados, Senadores, e Membros dos Conselhos de Provincia todos, os que podem votar na Assembléa Parochial. Exceptuam-se

I. Os que não tiverem de renda liquida annual duzentos mil réis por bens de raiz, industria, commercio, ou emprego.

II. Os **Libertos**. (grifo nosso)

O que de fato se percebe, de forma marcante na história constitucional da cidadania brasileira, como já dito, são as desigualdades de naturezas diferentes. Cita-se as desigualdades relacionadas ao aspecto econômico, no binômio rico-pobre e empregador-empregado, o que pressupõe à influência ideológica de americanos, franceses e ingleses em nossa cidadania, com suas ideias liberais, que dominaram o final do século XVIII e o início do século XIX.

Também se destaca o aspecto gênero, relacionado ao binômio homem-mulher, conseqüência da herança do patriarcalismo português em nossa sociedade colonial. Em relação ao binômio branco-negro, como já dito, apenas na primeira constituição, outorgada em 1824, verificou-se desigualdade por racismo, sendo superada na constituição seguinte. Isso não quer dizer que o racismo tenha sido inexistente, pelo contrário, independente de normatização jurídica, ele sempre foi presente na sociedade brasileira e segundo Lima (2011, *online*) pode se apresentar sob duas formas:

A **discriminação racial direta** é simples de ser identificada, pois resulta do comportamento humano, o qual transparece através de atitudes de cunho

negativo, como ofensas, xingamentos, segregação ou até mesmo violência física. Esses comportamentos são lançados em face da cor, atingindo diretamente a pessoa ofendida em seu âmago. De outro lado, tem-se a **discriminação racial indireta**. Esta forma de discriminação é proveniente de um comportamento racista mascarado através de atitudes com cunho discriminatório implícito. A discriminação racial surge de forma oculta nas normas, leis, políticas públicas, entre outras práticas cotidianas aparentemente desprovidas de qualquer aspecto discriminatório, mas que por trás possuem caráter extremamente racista.

Porém, nos dias de hoje, somos regidos pela constituição de 1988, a qual representa o ápice do nosso constitucionalismo, que continua evoluindo através de interpretações e ponderações e que nos sinaliza, através da cabeça do artigo 5º, uma concepção de conteúdo essencialmente igualitário:

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

Verifica-se, notoriamente, que a nossa atual constituição consagrou na categoria de direitos fundamentais, dentre outros, a cidadania e a dignidade da pessoa humana, além de definir importantes objetivos fundamentais, como a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais, a promoção do bem de todos, sem preconceitos

de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Dessa forma, através da nossa atual constituição, o Estado Brasileiro consagra o princípio constitucional da igualdade, consignando que todos são iguais perante a lei.

Conclusão

Depreende-se, portanto, com o avanço do constitucionalismo no Brasil, com a superação de entraves que impediam a conquista de direitos por determinados segmentos sociais e, atualmente, com a constituição de 1988, que possibilidades existem para se concretizar a cidadania com justiça e o equilíbrio social. Porém, do ponto de vista fático, nossa sociedade ainda denuncia descompasso entre o discurso igualitário da nossa constituição, que, como já dito, proclama que todos são iguais perante a lei, e entre os privilégios e/ou falta de privilégios denunciados quando da concretude e da prática de nossa cidadania, preconceitos estes relacionados à mulher, ao trabalhador, à classe pobre e, também, ao negro.

Portanto, apesar de todo esse avanço constitucional, é necessário se reportar novamente a Manzini-Covre (1996, p. 10), e compreender que a cidadania é uma busca que se dá pela prática da reivindicação, da apropriação de espaços, da pugna para fazer valer os direitos do cidadão. E, mais um vez se reportando a Manzini-Covre (1996, p.33), registra-se que só as leis não constroem a cidadania, mas é importante que os homens comuns, trabalhadores, se apropriem também do espaço para a construção de leis favoráveis à extensão da cidadania. Vislumbra-se, portanto, que a prática da cidadania, a postura de pró-atividade, pode ser a estratégia, por excelência, para a construção de uma sociedade melhor.

Referências

ARISTÓTELES. **A Política**. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bk000426.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2014

BRASIL. Constituição (1824). Constituição Política do Império do Brasil: outorgada em 25 de março de 1824. Registrada na Secretaria de Estado dos Negocios do Imperio do Brazil a fls. 17 do **Liv. 4º de Leis, Alvarás e Cartas Imperiaes**. Rio de Janeiro em 22 de Abril de 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 05 out. 2014.

_____. Constituição (1891). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil: promulgada em 24 de fevereiro de 1891. **DOU** de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 05 out. 2014.

_____. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil: promulgada em 16 de julho de 1934. **DOU** de 16 de julho de 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em: 05 out. 2014.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. **DOU** de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 05 out. 2014.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

CHAIÁ, Vera Lucia M.. **A longa conquista do voto na história política brasileira**. Disponível em: http://www.pucsp.br/fundasp/textos/downloads/O_voto_no_Brasil.pdf. Acesso em: 19 jul. 2014.

GOMES, Flávio dos Santos. **Sonhando com a terra, construindo a cidadania**. História da Cidadania. São Paulo: Contexto, 2013.

HERKENHOFF, João Batista. **ABC da Cidadania**. 3. ed. Vitória: PMV, Secretaria de Cidadania e Direitos Humanos, 2007.

HOLSTON, James. **Cidadania Insurgente**. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

LIMA, Jhêssica Luara Alves de. Direitos humanos e discriminação racial. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 92, set 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10352>. Acesso em: 15 set. 2014.

MANZINI-COVRE, Maria de Lourdes. **O que é Cidadania**. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1996.

MIYAMOTO, Yumi Maria Helena; KROHLING, Aloísio. **Cidadania no Estado Democrático de Direito Brasileiro sob a Perspectiva de Gênero**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=af8d1eb220186400>. Acesso em: 12 jul. 2014.

PASSOS, J. J. Calmon de. Cidadania tutelada. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 7, outubro, 2001. Disponível em <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 10 jul. 2014.

SANTOS, Edson. Cotas. **A concretização do princípio constitucional da igualdade**. 2009.

Disponível em: http://www.seppir.gov.br/noticias/ultimas_noticias/2009/04/artigo_cotas_abril09/?searchterm=-negros%20no%20servi%C3%A7o%20p%C3%BAblico. Acesso em: 26 out. 2014.

SANTOS, Élvio Gusmão. Igualdade e raça. O erro da política de cotas raciais. 2008. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2041, 1 fev. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12281>>. Acesso em: 14 set. 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Mazukyevicz Ramon Santos do Nascimento. Os caminhos da cidadania brasileira. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 87, abr 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9361>. Acesso em 20 out. 2014.

Ativismo judicial e suas consequências: reflexões sobre o fenômeno a partir de suas peculiaridades

Thomaz Muylaert de Carvalho Britto

Introdução

Historicamente, vozes díspares surgiram a respeito do Poder Judiciário e, conseqüentemente, sobre as funções que desempenha. Assim, aos membros do Poder em favor da justiça, os juízes, foi incumbida a atividade de aplicação do Direito no ambiente fático.

Do ponto de vista da relatividade, argui-se, pela hermenêutica jurídica e pela filosofia do Direito, qual é o conceito do Direito e como procedem os magistrados no momento em que se debruçam sobre um caso concreto. Inúmeras questões surgem com as indagações em apreço e elas, por si mesmas, acarretam outras infundáveis discussões no âmbito jurídico.

O ativismo judicial, nessa senda, se apresenta, *a priori*, como uma postura judiciária no sentido de proatividade

diante das narrativas balizadas pelo direito de petição. A expressão “ativismo judicial” é bastante difundida no meio jurídico, mas pouco se sabe sobre o seu conceito e, com efeito, sobre os limites que o acompanham.

Pretende-se, destarte, uma investigação sobre o ativismo judicial na *common law* e na *civil law* a fim de que se possa analisar, especificamente, a abrangência da postura ativista dos juízes. Objetiva-se o entendimento das raízes do ativismo judicial na *common law*, principalmente nos Estados Unidos da América, com o fito de averiguar os seus reflexos na realidade brasileira.

Inicialmente, cuida-se do conceito de ativismo judicial, buscando-se um entendimento sólido sobre as suas peculiaridades, por intermédio do método dialético, com o escopo de delimitar a sua abrangência. No bojo do Capítulo, são expostas, também, algumas considerações sobre as raízes do ativismo judicial.

Em seguida, trata-se do ativismo judicial no Brasil e nos Estados Unidos, os quais se apresentam como representantes das famílias jurídicas da *civil law* e da *common law* respectivamente. Com o conhecimento sobre as peculiaridades de cada família e sua relação com o ativismo judicial, torna-se possível depreender o ativismo aos moldes brasileiros.

Por fim, apresentam-se os impasses ao ativismo judicial, isto é, as críticas e os aspectos negativos gestados pelo fenômeno. Discutem-se, a título exemplificativo, a legitimidade democrática do Poder Judiciário, a aproximação entre Direito e Política e a politização da justiça.

1. Conceito de ativismo judicial

As doutrinadoras Estefânia Barboza e Katya Kozicki (2012, p. 65) relacionam o conceito de ativismo judicial ao desenvolvimento do Direito, ou seja, o grau de ativismo pode ser medido pela disposição dos magistrados em desen-

volverem o Direito. O ativismo judicial pode ser conceituado de muitas maneiras e, devido à presente conclusão, as autoras preferem conceituá-lo não pelo afastamento da observância de precedentes ou pelo esquecimento em face da Constituição, mas pela concessão de efetividade aos direitos fundamentais, ainda que se exija a resposta a aspectos de moralidade política pelos juízes.

Renato Soares de Melo Filho (2013, p. 12), em sua dissertação sobre o ativismo judicial, apresenta o tema, mormente o seu conceito, como controverso na seara jurídica. Com a finalidade de articulá-lo, ele o associa, a princípio, a uma proatividade dos juízes. No mesmo diapasão de sua escrita, é possível, ao se ler um conceito afeto ao ativismo judicial, inferir se o mesmo tem algum tom ideológico. O conceito de ativismo, para Renato Melo Filho (2013, p. 20), abrange uma atividade que não é tida como ordinária sob o ponto de vista do julgador, isto é, por não ser uma postura natural referente ao ato de julgar, causa debates acadêmicos.

Teixeira (2012, p. 38) aponta a decisão do caso *Lochner v. New York*, a qual se manifestou em terras estadunidenses, como a origem de ativismo judicial, desde que este seja separado da criação judicial do Direito e do controle de constitucionalidade. No caso concreto, entendeu-se que o princípio da liberdade contratual estava implícito no postulado do devido processo legal e, com fulcro na razoabilidade, afastou a aplicação de uma lei que limitava o número de horas de jornada de trabalho dos padeiros.

O professor da UNICAMP, Andrei Koerner (2013, p. 69), examina o conceito de ativismo judicial como um termo utilizado para designar tendências acerca das decisões judiciais, por exemplo. O autor trata do ativismo judicial como um campo de discussão sobre o conteúdo apresentado pela decisão judicial e, mormente, sobre a função do Poder Judiciário.

Luis Roberto Barroso (2009, p. 22) explica que o ativismo judicial remete à proatividade do Poder Judiciário ao interpretar a Constituição de modo mais abrangente. Dessa forma, por via do ativismo judicial, o Poder Judiciário pode buscar as finalidades trazidas pela Constituição por si mesmo. O ministro do Supremo Tribunal Federal rememora, ademais, que o ativismo se coaduna a momentos de distância entre os poderes Legislativo e Executivo e os cidadãos. A manifestação do ativismo, segundo Barroso (2009, p. 22), ocorre nas seguintes hipóteses:

(i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Barroso (2009, p. 23) associa a origem do ativismo judicial às decisões judiciais reiteradas nos Estados Unidos. A Suprema Corte norte-americana, a seu turno, já apresentou diferentes posturas no decorrer das décadas, sendo ora progressista, ora retrógrada no tocante aos direitos fundamentais.

Segundo Leite (2014, p. 78), o próprio fato de não haver um conceito claro acerca do ativismo judicial prejudica uma incursão sobre o papel do Supremo Tribunal Federal nas decisões que profere. Em sede conclusiva, o doutor em Direito (LEITE, 2014, p. 202) proclama que:

Por outro lado, buscando afastar esse subjetivismo, desenvolveu-se uma perspectiva institucional a res-

peito do ativismo judicial, e que foi defendida neste trabalho. Assim, ativismo e autocontenção devem ser analisados no contexto estrutural da separação de poderes de uma determinada ordem constitucional, levando-se em conta as complexas relações entre Cortes e os outros órgãos estatais. Eles representam tipos ideais situados em polos opostos e podem ser exercidos em um movimento pendular. Ativismo, então, aponta para um alargamento dos poderes político-normativos do Tribunal, em detrimento do raio de atuação de outros órgãos estatais, ao passo que a política do *self-restraint* configura um retraimento judicial, abrindo, como consequência, espaços decisórios para outros atores. Ademais, cuida-se de autoalargamento e de autorretração, pois postos em prática por obra do próprio Tribunal.

2. Ativismo judicial no Brasil e nos Estados Unidos

Segundo Carlos Eduardo Reverbel (2016, p. 4), faz-se necessário um entendimento sobre as diferenças entre o ativismo judicial nas duas famílias jurídicas: *common law* e *civil law*. O seu estudo centra-se nos Estados Unidos, na condição de representantes da *common law* e no Brasil, da *civil law*. O autor, em suma, analisa as duas famílias jurídicas a partir de seus fins. A *civil law* tem por objetivo a regulação de elementos atinentes à vida social, ao passo que a *common law* visa à resolução de circunstâncias advindas do processo, orquestrando-se, desse modo, sob a lógica dos precedentes e da perspectiva prática.

De acordo com o doutor em Direito (REVERBEL, 2016, p. 6), as leis são tidas como manifestações parlamentares cuja tendência é a de se tornarem Direito, o que depende da con-

firmação, corroboração pelo Poder Judiciário. Na *civil law*, o respeito às disposições legais foi estipulado como um instrumento a partir do qual respostas justas são determinadas pelos juízes. Tendo em vista a sua expertise, elucida que, em razão da natureza afeta ao sistema da *civil law*, é mais perceptível o fenômeno do ativismo judicial. A lei tem um papel fundamental na *civil law* e, devido à aludida função desempenhada, uma postura proativa pelos magistrados reluz com mais intensidade se comparada com a mesma atitude no âmbito da *common law*.

No que se refere ao ativismo judicial nos países de *common law*, Clarissa Tassinari (2012, p. 57) acrescenta que “em verdade, é muito difícil nos dias atuais que se visualize o que se pode chamar de tradições puras, entretanto, diante disso, importa analisar em que condições ocorre essa mixagem e em que medida ela se revela possível”. Desse modo, antes de se comparar o ativismo judicial na *common law* e na *civil law*, não se olvide, de acordo com a mestre em Direito, que, malgrado a *common law* se caracterize pelo foco na teoria dos precedentes e a *civil law*, na aplicação das leis, averiguam-se, atualmente, influências recíprocas entre as tradições jurídicas.

Além disso, no contexto norte-americano, houve obstáculos no que pertine à utilização do controle de constitucionalidade, uma vez que era visível uma desconfiança da população ante o Poder Judiciário e se questionava a capacidade da Constituição em servir de parâmetro para o controle de atos emanados de outros poderes. Tal ponderação ocorreu, sobretudo, em razão da influência do Poder Legislativo (TASSINARI, 2012, p. 57).

Nos Estados Unidos, com o caso *Marbury v. Madison*, instaurou-se uma discussão sobre a possibilidade de controle de constitucionalidade, haja vista que a Constituição não previu o *judicial review*, ou, ainda, o controle de atos de um poder por outro. Arguiu-se, assim, se a Constituição deveria

ser defendida pelo Judiciário e se esse poder poderia controlar atos de outros poderes tendo a Constituição como parâmetro (MELO FILHO, 2013, p. 23).

Outro viés acerca do ativismo norte-americano congrega um afastamento perante os precedentes, na medida em que os Estados Unidos pertencem à tradição jurídica da *common law*, cujos atributos apontam para a construção de um Direito jurisprudencial, pautado, nessa ótica, nos precedentes e, portanto, no *stare decisis*. A tradição em análise sublima a concepção de que os juízos singulares, em regra, decidem em conformidade com os entendimentos de instâncias superiores (MELO FILHO, 2013, p. 24).

Renato Melo Filho (2013, p. 25) aborda, também, outra perspectiva do ativismo norte-americano, a qual pode ser notada a seguir: “a fuga dos cânones interpretativos por parte de alguns juízes ou colegiados. Em outras palavras, a dissonância dos parâmetros acadêmicos arraigados de interpretação também daria azo à classificação de uma postura ou ato ativista”.

De acordo com Gisele Cittadino (2004, p. 105), a *common law*, à luz de sua natureza, respalda uma construção do Direito por meio dos precedentes, das decisões reiteradas em determinado assunto. No seio de sua estrutura, insere-se uma compatibilidade relacionada ao ativismo judicial. Ainda assim, a autora visualiza que, nos Estados abalroados pela *civil law*, em virtude da positivação de princípios nas suas Constituições, cede-se lugar para interpretações constitucionais mais amplas e efetivas pelo Judiciário. A doutrinadora reitera a sua tese com base no Brasil, no qual as demandas sociais se consubstanciam em demandas ante o Judiciário.

Passos (2010, p. 562) identifica, no modelo norte-americano, ancorado na *common law*, uma liberdade maior por parte dos juízes, uma vez que eles não se restringem a uma burocracia procedimental. Com a elevação no número de

processos sob a competência dos juízes nos Estados Unidos, o autor relata que os mesmos pesquisaram formas de diminuí-los. Os magistrados, no viés em tela, solicitaram auxílio diante de técnicos em análise de gestão, fomentando-se a ideia de acordos com o escopo de evitar a duração irrazoável de uma demanda no meio judicial.

O escritor (PASSOS, 2010, p. 563) aventa o caso *Petite v. Governor*, datado de 1972, com o objetivo de demonstrar o papel ativista dos magistrados no contexto norte-americano. No caso em comento, a juíza responsável considerou incompatíveis as condições de um presídio específico dos Estados Unidos com os direitos arrolados na Constituição. Assim, determinou o cumprimento de medidas genéricas para solucionar a questão. Com o descumprimento, instaurou decisões específicas a serem cumpridas pelo governador do Estado, assim como pelo diretor do presídio, delegando a fiscalização a certos advogados.

Institucionalmente, com o fito de classificação de decisões judiciais, Glauco Salomão Leite (2014, p. 65) elege duas abordagens: ativismo e autocontenção. O ativismo judicial, dessa maneira, se comporta como gênero do qual derivam as espécies ora colacionadas. Ressalta-se, logo, que a decisão judicial não necessariamente procede como absolutamente ativista. Um elemento contencioso presente no *judicial review* tangencia o caráter contramajoritário da decisão judicial responsável pelo controle de constitucionalidade de atos oriundos dos poderes Legislativo e/ou Executivo. O debate se intensifica, principalmente, com o exame de um ato que, aparentemente, se encontra compatível com os ditames constitucionais.

No intuito de examinar o ativismo judicial no plano norte-americano, Glauco Salomão Leite (2014, p. 71) individualiza o minimalismo e o maximalismo judicial. Ambos compreendem maneiras de atuação dos juízes. O minimalismo procura

não fazer digressões aprofundadas sobre o tema em apreço, visa, portanto, a decidir o caso concreto por meio de técnicas que permitam uma análise adstrita à situação constante do processo. Ao revés, o maximalismo prescreve uma abordagem ampla e para além do caso concreto, vislumbrando a resolução de questões não ventiladas nas circunstâncias fáticas.

No ângulo romano-germânico, consoante o docente Reverbel (2016, p. 7), a decisão judicial fundamentada na lei se aproxima dos parâmetros de justiça apregoados no sistema. Na seara da *common law*, a justiça se avizinha do processo em si, não podendo os operadores do Direito se limitar às regras insculpidas nos estatutos. Na *common law*, o Direito não permanece estático nas leis, mas vai ao encontro de uma atualização na realidade dos casos concretos perscrutados pelos magistrados. Aplica-se, dessa forma, o princípio do processo jurídico devido, não se esquecendo, portanto, dos postulados regentes do processo, como a proibição de provas ilícitas em seu bojo. O doutrinador (REVERBEL, 2016, p. 7) esclarece:

A expressão judge-made-law tem esta profunda raiz no *common law*. Assim, o juiz neste sistema, por regra, não é ativista. Ele, em verdade, cumpre o seu papel de improvisação continuada, a cada vez que é chamado a se pronunciar sobre um caso concreto. Não se diga, entretanto, não poder existir ativismo judicial no *common law*. Ele existe, e quando verificado, é prontamente expelido, respeitando, é claro, às peculiaridades do sistema em que este ativismo se verifica.

Na *common law*, o acadêmico (REVERBEL, 2016, p. 8) afirma que a política e o Direito são atingidos por uma separação relevante e característica. O espaço, destarte, de atuação do magistrado se restringe nas questões jurídicas,

visto que não pode se manifestar sobre elementos políticos. Certifica-se, sob tal aresta, um mecanismo a fim de se depreender o ativismo judicial.

Marcos Paulo Veríssimo (2008, p. 412) alega que o ativismo judicial à brasileira deve ser investigado em comparação com os ditames constitucionais, porquanto, à luz do cotejo em exame, as prerrogativas conferidas pelo poder constituinte ao Supremo Tribunal Federal são passíveis de análise nos casos submetidos à Corte. O autor atesta que o ativismo judicial à brasileira é demonstrado com clareza no exercício do controle de constitucionalidade concentrado pelo Supremo Tribunal Federal. O doutor em Direito pela USP aduz o exemplo da Lei de Biossegurança, a qual apresentou enorme repercussão social.

O pesquisador demonstra, outrossim, o papel ativo da Suprema Corte brasileira por via de estatísticas que comprovam as suas decisões em ações diretas de inconstitucionalidade. Em suas conclusões (VERÍSSIMO, 2008, p. 413),

Na verdade, segundo informações contidas no sítio do STF na internet, parece haver, de modo geral, uma razoável propensão do tribunal a proferir juízos de inconstitucionalidade nos casos que lhe são submetidos. Entre as Ações Diretas de Inconstitucionalidade julgadas pelo mérito entre 1988 e 2008 (978 ações), nada menos que 66,46% foram julgadas procedentes.

A função do Supremo Tribunal Federal de zelar pela guarda da Constituição nos termos do artigo 102, de acordo com o autor (VERÍSSIMO, 2008, p. 414), caminha em direção de uma procura pela estabilidade da exegese constitucional, posto que, como é cediço, o Brasil apresenta um controle de constitucionalidade misto. O controle sob análi-

se pode ser conduzido, além da Suprema Corte, por todos os magistrados brasileiros no teor do controle difuso.

A nomenclatura fornecida por Veríssimo (2008, p. 415) de “ativismo judicial à brasileira” provém da problematização que constrói em função da “baixa taxa final de congestão” de processos, inobstante resolva questões de elevada complexidade. Conforme ele alerta, não é anômalo o fato de o Supremo Tribunal Federal desempenhar um papel ativista, pois esta constitui uma tendência mundial. O autor questiona, em verdade, a produtividade da corte, a qual é bem maior do que as outras em nível mundial.

Pela comparação entre as tradições jurídicas do Brasil e dos Estados Unidos, Tassinari (2012, p. 130), no âmago de suas considerações finais atinentes à sua tese, desenvolve que o sistema norte-americano se caracteriza pela aplicação da teoria dos precedentes, cujo direcionamento ocorre para os casos concretos, pela omissão constitucional quanto ao controle de constitucionalidade e pela elaboração do Direito com respaldo na jurisprudência. O controle de constitucionalidade nos Estados Unidos representa a primeira manifestação do ativismo judicial. Além disso, interpreta-se, no viés norte-americano, por vezes, uma omissão da Suprema Corte como ativismo, além de a Constituição não ser o principal fundamento para o ativismo, mas os interesses partidários em prol de uma finalidade política.

3. Os impasses ao ativismo judicial

Renato Stanzola Vieira (2008, p. 272) aborda, em sua dissertação de mestrado, uma análise acerca da legitimidade democrática do Poder Judiciário. Nesse diapasão, infere-se que alguns doutrinadores defendem a ausência de legitimidade democrática dos juízes, uma vez que eles não foram eleitos pela

via do voto popular no âmbito da família jurídica da *civil law*. O Executivo e o Legislativo, ao contrário, são eleitos pelo povo, razão pela qual se argumenta no sentido de que os atos desses poderes não poderiam se submeter ao crivo do Judiciário.

Um ponto a ser considerado é aquele no qual algumas leis não se compatibilizam com os ditames e anseios constitucionais, em que pese terem sido votadas e aprovadas pelo Executivo e pelo Legislativo. O Judiciário, nesse passo, surge como um poder contramajoritário, buscando a proteção da Constituição e das minorias esquecidas em muitas decisões majoritárias, principalmente no tocante aos direitos e garantias fundamentais.

Como os membros do Poder Judiciário, no Brasil, não são eleitos pelo povo, questiona-se o ativismo judicial e suas consequências. As obscuridades arroladas na lei, para uma corrente doutrinária, não poderiam ser pacificadas com supedâneo em uma postura ativa dos magistrados no campo do Direito.

Uma questão aventada por André Ramos Tavares (2012, p. 35) diz respeito à utilização, pela corte constitucional brasileira, de precedentes estrangeiros, sobretudo aqueles atinentes à Suprema Corte norte-americana. Nesse sentido, estabelece-se uma discussão sobre em que medida a jurisprudência constitucional estrangeira pode ser internalizada. Indaga-se, inclusive, se a postura de uma corte constitucional em internalizar a jurisprudência constitucional estrangeira configuraria ativismo judicial. A justificativa para a seleção da adunada jurisprudência se fundamenta no bloco de constitucionalidade.

O renomado doutrinador (2012, p. 36) apresenta, no cenário em tela, o denominado transjudicialismo, o qual promove o aproveitamento de aspectos constitucionais entre dois ou mais Estados. Em função do advento de um Poder Judiciário mais expressivo no que toca às decisões proferidas, observa-se um maior intercâmbio entre os Estados, anteriormente limitado pelo prisma legislativo.

Tavares (2012, p. 37) percebe, dessa forma, que a escolha de jurisprudência estrangeira no intuito de fundamentar uma decisão judicial não se amolda a aspectos técnicos ou, em outras palavras, não vislumbra o respeito a métodos, aplicando-se, logo, uma decisão, por vezes essencialmente restrita a uma situação, em larga escala. André Ramos, contudo, ressalta que não se pode enquadrar as decisões constitucionais estrangeiras e as decisões de tribunais supranacionais no conceito acrítico de jurisprudência estrangeira.

Uma explanação trazida para esse afastamento entre as mencionadas decisões reconhece, nos tribunais internacionais, uma tendência de se direcionarem a muitos Estados, visto que suas conclusões podem servir como parâmetro para os mesmos. O autor (TAVARES, 2012, p. 38) cita a chamada descontextualização, a qual pode ser verificada quando uma decisão judicial estrangeira, voltada especificamente aos cidadãos daquele Estado, é selecionada para respaldar o embasamento de uma decisão em outro Estado. No momento em que o fenômeno em epígrafe ocorre, é preciso que se faça, conforme assevera o autor, uma contextualização.

André Tavares (2012, p. 38) estuda, no mesmo diapação, como funciona a argumentação da Justiça constitucional única, mediante o modelo dos tribunais constitucionais, proveniente da Justiça constitucional de outros Estados. Ele sugere um modelo no qual exista o diálogo entre os tribunais constitucionais, desde que não se examine apenas o resultado do caso concreto, mas todo o contexto que o circunda. Em suas palavras (TAVARES, 2012, p. 39),

Em um modelo que proponho, que chamo de modelo adequado de interlocução, não basta conhecer a decisão final adotada pelos tribunais constitucionais de outros países. É preciso conhecer o caso concreto que

eventualmente tenha dado origem à jurisprudência, saber quais foram as razões dessa decisão, elementos relevantes, evidentes ou ocultos, do contexto no qual a decisão foi adotada, o modelo constitucional do país com sua eventual influência para a decisão adotada e, especialmente, a fórmula interpretativa utilizada.

Faz-se imprescindível, segundo o autor (TAVARES, 2012, p. 44), perceber a coerência entre os dois sistemas constitucionais em apreço para que se averigue a pertinência da utilização de uma decisão estrangeira pelo tribunal pátrio. André Ramos escreve que, caso se note uma incompatibilidade entre os sistemas constitucionais, como, por exemplo, quando a decisão tomada tenha se justificado por questões políticas específicas de um Estado, não se denota cabível a mobilização dos argumentos da corte constitucional estrangeira com o escopo de balizamento da decisão proferida em sede nacional.

Teixeira (2012, p. 51), por sua vez, elenca manifestações ativistas que ferem a estabilidade constitucional, quais sejam, o modo de agir como legislador positivo, a lesão ao postulado da separação dos poderes, o afastamento de precedentes jurisprudenciais e as decisões evitadas de decisionismo político. Sob um ponto de vista positivo tangente ao ativismo, expõem-se as decisões que viabilizam a proteção dos direitos fundamentais e a garantia da supremacia constitucional. Ademais, consideram-se positivas as fundamentações por instrumento de princípios jurídicos e que não ultrapassem as restrições legais.

Duas críticas, segundo Estefânia Barboza e Katya Kozicki (2012, p. 65), surgem no que diz respeito ao ativismo judicial: o caráter contramajoritário dos juízes e os critérios para o desenvolvimento do Direito. Quanto ao caráter contramajoritário, elas remarcam que os juízes, via de regra, não são eleitos pelo povo, possuindo, assim, uma atribuição con-

tramajoritária. A postura em questão se amolda à garantia dos direitos positivados nas leis. No atinente aos critérios, as escritoras não conjecturam, de início, meios estruturados para o desenvolvimento do Direito pelos juízes.

Barroso (2009, p. 24) menciona críticas sobre o ativismo judicial na esfera brasileira, quais sejam, a legitimidade democrática das decisões proferidas pela corte constitucional, a politização da justiça e a capacidade institucional do Poder Judiciário. Quanto à legitimidade democrática das decisões proferidas pelos membros do Poder Judiciário, o doutrinador oferece duas razões para confirmá-la: uma de ordem normativa e a outra, filosófica.

A Constituição brasileira confere, ao Supremo Tribunal Federal, a prerrogativa de zelar pelo respeito às normas constitucionais, não havendo que se ventilar a ausência de legitimidade dos membros do Poder Judiciário em razão de não terem sido eleitos por meio do voto popular. Filosoficamente, democracia abarca do governo do povo, porém a vontade da maioria não pode prevalecer em relação aos direitos fundamentais, a título exemplificativo. Este é um dos motivos pelos quais o Supremo Tribunal Federal deve exercer um controle contra-majoritário, respeitando-se, nessa senda, os direitos das minorias. Acerca da politização da justiça, o ministro do Supremo Tribunal Federal esclarece que Direito e Política podem se aproximar, mas cada um tem a sua essência. No Direito, não se autoriza uma postura, pelo intérprete, de ampla liberdade, como a de direcionamento partidário. Os juízes devem atuar em busca dos fins constitucionais, não se olvidando das leis produzidas pelo Congresso, eis que as mesmas têm presunção relativa de constitucionalidade (BARROSO, 2009, p. 27).

No tema de capacidade institucional, Luis Roberto Barroso (2009, p. 29) considera dois pontos como fundamentais: a capacidade institucional em si e os efeitos sistêmicos. A

capacidade institucional visa a compreender qual dos Poderes tem mais condições, em virtude de sua natureza, para lidar um determinado assunto. Nesse passo, a divisão é feita conforme as características de cada poder. Os efeitos sistêmicos englobam uma discussão sobre a microjustiça e a macrojustiça. Uma decisão, no caso concreto, pode gerar efeitos de grande proporção aos outros poderes, motivo pelo qual o juiz deve atentar para a sua intervenção sob uma perspectiva geral. O doutor em Direito (BARROSO, 2009, p. 32) conclui a sua obra com a seguinte tese:

O ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes.

Em suas palavras sobre o ativismo judicial, Koerner (2013, p. 70) assinala: “No Brasil, ele é utilizado para apreciar decisões do STF que ampliaram o alcance e o impacto da jurisdição constitucional e se distanciaram de suas formas consagradas de atuação.”

Conclusão

Portanto, o trabalho em apreço se subsidiou no sentido de perquirir o conceito de ativismo judicial e os limites desse fenômeno. Inicialmente, cumpre afirmar que o ativismo judicial pode ser entendido como um fenômeno no qual o

Poder Judiciário se coloca em uma posição proativa e externa ante os preceitos legais e estatutários, podendo ser notado com mais intensidade na *civil law*, de acordo com uma corrente doutrinária, uma vez que, nessa família jurídica, a lei se coloca como a principal fonte do Direito. Independentemente do conceito adotado para o ativismo judicial, é de curial sabença que se originou no seio da *common law*.

É preciso, nesse sentido, compreender a referida família jurídica e suas peculiaridades a fim de que se procure uma análise referente ao ativismo judicial. A família jurídica em apreço se traduz em um Direito jurisprudencial, posto que, em conformidade com as obras consultadas, o Direito se realiza no bojo processual. Os juízes, na realidade da *common law*, se sujeitam à teoria dos precedentes vinculantes e as leis assumem um papel secundário na modalidade de fonte do Direito. É válido salientar, entretanto, o enunciado da doutrina de que as duas famílias jurídicas têm se aproximado, motivo pelo qual se influenciam mutuamente.

Ante o exposto, alguns autores inferem que, na *common law*, o ativismo judicial se denota enquanto menos perceptível, caso comparado à família jurídica da *civil law*, porque, na primeira, os juízes constroem o Direito processualmente, ao passo que, na *civil law*, as leis têm considerável importância. Na *civil law*, existe uma correlação ínsita entre a subsunção legal ao caso concreto e a justiça. A afirmação em tela significa que, caso uma decisão não seja arraigada nos ditames legais, a mesma é apontada como injusta e, em algumas ocasiões, como integrante de um ativismo judicial em sua face negativa.

Portanto, há várias opiniões, na doutrina, acerca do ativismo judicial e de seus limites, cabendo ao pesquisador estabelecer, por meio de uma metodologia coerente, os parâmetros a partir dos quais desenvolverá o seu tema de estudo. Verificam-se mais dúvidas do que respostas, sendo indispen-

sável que o presente objeto de estudo seja trabalhado no âmbito jurídico sob uma ótica interdisciplinar e comparativa.

Bibliografia

BARBOZA, Estefânia Maria De Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 59-85, jan/ jun. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madrid, n. 13, p. 17-32, jan/ dez. 2009.

CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. **Revista Alceu**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 9, p. 105-113, jul/ dez. 2004.

CORTÊS, Victor Augusto Passos Villani. Ativismo judicial: do neoconstitucionalismo ao neoprocessualismo. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. VI, p. 546-571, jul/ dez. 2010.

KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial? Jurisprudência Constitucional e Política no STF pós-88. **Novos Estudos CEBRAP**, v. 96, p. 69-86, jul. 2013.

LEITE, Glauco Salomão. **Separação de poderes e ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal: do guardião da Constituição ao diálogo institucional**. 2014. 218 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2014.

MELO FILHO, Renato Soares de. **O ativismo judicial em investida ao Estado democrático**. UNESP, 2013. 137 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2013.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo judicial e Estado de Direito. **Revista eletrônica do curso de direito da UFSM**, Santa Maria, v. 4, n. 1, mar. 2009. Disponível em: <<http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs2.2.2/index.php/revistadireito/article/view/7028#.VsHc4bQrLIU>>. Acesso em: 10 ago. 2016.

TASSINARI, Clarissa. **Ativismo judicial**: uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana. UNISINOS, 2012. 139 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2012.

TAVARES, André Ramos. Pelo uso dialógico e restrito de decisões da justiça constitucional estrangeira em decisões da justiça constitucional brasileira. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coor.). **Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais**. 2. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2012. p. 35-52.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 37-57, jan/jun. 2012.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial “à brasileira”. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 407-440, jul/ dez. 2008.

VIEIRA, Renato Stanziola. **Jurisdição constitucional brasileira e os limites de sua legitimidade democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 373 p.

Positivismo, pós-positivismo e neoconstitucionalismo

Isabela Moreira Antunes do Nascimento

Introdução

Este trabalho motivou-se, em sua elaboração, em investigar quais são os novos paradigmas do movimento neoconstitucionalista. Trata-se de um tema relevante dada a necessidade de uma argumentação jurídica coerente que fundamente a aplicação adequada do Direito e que impeça o uso arbitrário da técnica da ponderação, tendo como marco filosófico a dignidade humana.

Para o trabalho adotou-se, como principais marcos referenciais, as obras de Konrad Hesse, pela doutrina da força normativa da Constituição, de Robert Alexy, com a análise do princípio da proporcionalidade, de Daniel Sarmento, pelo estudo da dignidade da pessoa humana e, ainda, Luís Roberto Barroso, como parâmetro em toda pesquisa.

O trabalho se estrutura em dois itens, cada qual com dois subitens. O primeiro aborda a ascensão e derrocada do positivismo Jurídico, destacando o percurso histórico do jus-

naturalismo, do positivismo e do pós-positivismo. Já no segundo, evidenciam-se os novos paradigmas do movimento neoconstitucionalista, quais sejam, a força normativa e efetividade da constituição, o princípio da proporcionalidade e a expansão da jurisdição constitucional.

Nos moldes metodológicos de Silva e Silveira (2007), quanto aos procedimentos, fez-se uma pesquisa bibliográfica logo que utiliza-se, principalmente, de material já publicado/elaborado por outros autores.

1. Ascensão e derrocada do positivismo jurídico

1.1 Jusnaturalismo

O Direito natural (MORRISON, 2006) é uma corrente filosófica caracterizada por direitos não escritos, imutáveis, oriundo de conquistas e universais vez que inerentes ao homem (SARLET, 2015). Logo, trata-se de um conjunto de valores humanos superiores que não decorrem de uma norma jurídica imposta pelo Estado, diferentemente do direito positivo (KELSEN, 2016). Afirma-se, nesse modelo, a ética e o ideal de justiça. Ainda assim, é importante diferenciar as duas fases desse movimento teórico, quais sejam, o jusnaturalismo clássico e o jusnaturalismo racional:

O Direito Natural surge pela primeira vez na história do Direito com os gregos. Dessa feita, sua grande contribuição é mostrar a ligação do Direito com as forças da natureza. Na segunda oportunidade que vem à tona, no século XVII, o Direito Natural aparece como reação racionalista à situação teocêntrica na qual o Direito fora colocado durante o medievo. Deus deixa de

ser visto como o emanador das normas jurídicas, e a natureza passa a ocupar esse lugar. Ora, com um detalhe: a natureza não dá aos homens esse entendimento; é ele mesmo, por meio do uso da razão, que apreende esse conhecimento e o coloca em prática na sociedade (BITTAR; ALMEIDA, 2001).

A partir do século XVII, com o advento da modernidade e com os acontecimentos históricos que a acompanharam, como a reforma protestante e o movimento iluminista, propiciou-se um ambiente cultural vinculado a ideais de liberdade e de limitação do poder do Estado, em detrimento ao absolutismo e à teologia cristã. No ponto, o naturalismo tido como racionalista significou, nesse período, o substrato das revoluções liberais, de norte individualista, que ascenderam a burguesia:

[...] A Revolução Francesa e sua Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e, anteriormente, a Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776) estão impregnadas de ideias jusnaturalistas, sob a influência marcante de John Locke, autor emblemático dessa corrente filosófica e do pensamento contratualista, no qual foi antecedido por Hobbes e sucedido por Rousseau. Sem embargo da precedência histórica dos ingleses, cuja Revolução Gloriosa foi concluída em 1689, o Estado liberal ficou associado a esses eventos e a essa fase da história da humanidade. O constitucionalismo moderno inicia sua trajetória (BARROSO, 2017, p.273).

Assim, com a influência dos filósofos contratualistas (MORRISON, 2006), tendeu-se a codificar o Direito, para agrupar e organizar as normas de forma clara, e, consequen-

temente, houve a derrocada do naturalismo racionalista, cujo marco foi o Código Civil francês – o Código Napoleônico (1804). Como consequência, passa-se a priorizar uma interpretação prática e neutra, dada a pretensa completude do sistema. Identifica-se o Direito à lei, através de conhecimentos objetivos. Inicia-se o movimento positivista, o qual será analisado a seguir.

1.2 Positivismo

O positivismo filosófico apresenta como características a busca pelo conhecimento científico, demonstrável e concreto; a objetividade em detrimento de preferências subjetivas e o uso do método de observação e experimentação. A valorização da realidade observável, distanciou o Direito da moral, visto que o primeiro, como ato emanado do Estado possui caráter imperativo e coercitivo, ou seja, tratar-se-ia de normas ditadas por autoridades (GOMES, 2012). Logo, destaca-se a dicotomia entre “juízos de fato” e “juízos de valor” (KELSEN, 2016).

A ciência do Direito, segundo Kelsen, não tem a ver com a conduta efetiva do homem, mas só com o prescrito juridicamente. Não é, pois, uma ciência de fatos, como a sociologia, mas uma ciência de normas; o seu objeto não é o que é ou acontece, mas sim um complexo de normas. Só se garante o seu caráter científico quando se restringe rigorosamente à sua função e o seu método se conserva puro de toda mescla de elementos estranhos à sua essência, isto é, não só de todo e qualquer apoio numa ciência de fatos (como a sociologia e a psicologia), como de todo e qualquer influxo de proposições de fé, sejam de natureza ética ou de natureza religiosa. Como conhecimento puro, não tem de prosseguir imediata-

mente nenhum fim prático, mas antes de excluir da sua consideração tudo o que não se ligue especificamente com o seu objeto como complexo de normas. Só assim logra afastar a censura de estar ao serviço de quaisquer interesses, paixões ou preconceitos políticos, econômicos ou ideológicos, isto é, só assim pode ser ciência [...] (LARENZ, 2009, p.93).

Como resultado do legalismo acrítico e da legalidade legitimadora deu-se margem a arbitrariedades e condutas autoritárias. Desse modo, associa-se a decadência do positivismo à superação do nazismo alemão, ao final da Segunda Guerra Mundial, período em que foram cometidas atrocidades sob a justificativa de se estar cumprindo a lei posta.

Percebeu-se que não é adequado a equiparação de métodos estritamente objetivos ao Direito pois este está atrelado com concreto, à realidade, cabendo-lhe mais do que a mera descrição dos fatos. “O Direito tem a pretensão de atuar sobre a realidade, conformando-a e transformando-a. Ele não é um dado, mas uma criação (...). O ideal positivista de neutralidade e objetividade é insuscetível de se realizar” (BARROSO, 2017, p.277).

Busca-se, a partir desse momento, ir além da legalidade estrita sem desprezar o Direito posto, empreendendo-se uma leitura moral do Direito sem, contudo, dar margem a abusos pelo excesso de discricionariedade. Tem-se, então, o pós-positivismo.

1.3 Pós-positivismo

O movimento neoconstitucionalista está atrelado ao pós-positivismo, que busca um equilíbrio entre os extremos jusnaturalista e positivista, promovendo uma reaproximação

entre Direito e ética, sobretudo em decorrência do desenvolvimento do conceito de dignidade humana (SARMENTO; 2016, SARLET; 2012), que é tida como marco teórico da pesquisa, mas pautado pela razão prática e pela argumentação jurídica (ALEXY, 2011).

Como consequência, a partir da segunda metade do século XX, o Direito deixou de caber integralmente no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade. Por outro lado, o discurso científico impregnara o Direito. Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, os fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva. Nesse contexto, o pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as ideias de justiça e legitimidade (BARROSO, 2017, p.284).

Dworkin (2016) valoriza a leitura moral da Constituição e aponta a hipocrisia ou ingenuidade de pressupor, como os positivistas, a neutralidade do intérprete ou do aplicador do Direito. Calsamiglia (1998), por sua vez, destaca dois pontos: os limites do Direito e a superação da tese positivista de que não há conexão necessária entre Direito e moral. Alegar-se-ia que o direito não perderia sua juridicidade por ser injusto, de modo que distingue-se “o ser” e o “dever ser”. Contudo, argumenta o segundo autor que a inclusão de princípios morais no ordenamento é inevitável já que as Constituições moder-

nas introduziram em seus textos conceitos abstratos que requerem decisões fundamentadas justificadoras daquela opção interpretativa ou daquela atribuição específica de significado.

Faz-se importante observar as críticas feitas ao pós-positivismo (GALVÃO, 2014) para evitar excessos e, de fato, impedir que mero dicisionismo ou mera opção política se camuflassem na suposta interpretação de princípios éticos. Ainda assim, não há como negar a importância da harmonia entre a norma posta e as particularidades do caso concreto, sobretudo em uma sociedade plural e multicultural como a brasileira. Daí a necessidade de implementação da argumentação jurídica (ALEXY, 2011), com a identificação clara dos critérios normativos empregados, sobretudo, nos casos difíceis (DWORKIN, 2016), os quais não costumam encontrar enquadramento normativo.

Para ordenar la posible discusión quisiera destacar que dos de los principales problemas que sugiere el denominado postpositivismo son los de la indeterminación del derecho y la conexión entre el derecho y la política. Podríamos señalar una tendencia a preocuparse más por el derecho indeterminado que por el determinado, más por las consecuencias prácticas y prescriptivas que por las descriptivas. Existe también una dificultad para encontrar criterios que permitan establecer qué es lo que está determinado y hasta qué punto la evaluación juega un papel en la identificación. Por otra parte, existe un desplazamiento hacia la consideración de la conexión entre el derecho y la moral. Existen posiciones que sostienen un pragmatismo extremo, pero dentro de la tradición positivista se ha ido estudiando el papel de los principios, las concepciones y conceptos contestados. Pienso que el postpositivismo es heredero del positivismo y desplaza su centro de atención hacia problemas que sugieren una rectificación o matización

de algunas de sus tesis más importantes: La indeterminación del derecho y la conexión entre el derecho y la moral están en la agenda prioritaria de la reflexión actual (CALSAMIGLIA, 1998, p.218).

A seguir, busca-se analisar, pormenorizadamente, a construção paradigmática dessa nova hermenêutica, cujo fim precípua é a melhor proteção e a concretização dos direitos fundamentais (ALEXY, 2017) sem dar margem à insegurança jurídica.

2. Novos paradigmas do movimento neoconstitucionalista

O movimento neoconstitucionalista se desenvolve por meio de três principais mudanças de paradigma (BARROSO, 2017), quais sejam: (i) o reconhecimento da força normativa de dispositivos constitucionais, que passam a ter aplicabilidade e efetividade; (ii) o desenvolvimento de uma nova hermenêutica jurídica à partir da teoria da normatividade dos princípios e, conseqüentemente da ponderação e da argumentação jurídica como técnica de decisão, sobretudo quando há direitos colidentes; (iii) a expansão da jurisdição constitucional e democrática que, no Brasil, é feita pelo Supremo Tribunal Federal, sobretudo quanto a temas polêmicos, de grande repercussão ou conflitantes, em geral chamados “casos difíceis”.

2.1 Da força normativa e efetividade da constituição

A concretização de propostas constitucionais tornou-se necessária, no Brasil, dado o caráter vinculante e obrigatório de suas disposições, dotadas de imperatividade. A suprema-

cia formal da Constituição, hierarquicamente superior aos demais dispositivos legais, complementa-se pela material (BONAVIDES; 2017, CUNHA JÚNIOR; 2012), esta última potencializada pela absorção de valores pelo ordenamento jurídico. Foi à partir dessa construção que se fez presente uma análise do caso concreto filtrada pelas possibilidades constitucionalmente admitidas.

O debate acerca da força normativa da Constituição só chegou ao Brasil, de maneira consistente, ao longo da década de 80, tendo enfrentado as resistências previsíveis. Além das complexidades inerentes à concretização de qualquer ordem jurídica, padecia o país de patologias crônicas, ligadas ao autoritarismo e à insinceridade constitucional. Não é surpresa, portanto, que as Constituições tivessem sido, até então, repositórios de promessas vagas e de exortações ao legislador infraconstitucional, sem aplicabilidade direta e imediata. Coube à Constituição de 1988, bem como à doutrina e à jurisprudência que se produziram a partir de sua promulgação, o mérito elevado de romper com a posição mais retrógrada (BARROSO, 2017, p.299).

Nesse contexto, é importante mencionar Konrad Hesse (1991), que defende a “vontade de Constituição” a despeito de Lassalle (1933) a considerar como “mero pedaço de papel”, mero simbolismo, sujeito às questões de poder, ou seja, questões constitucionais seriam questões políticas e não propriamente jurídicas vez que serviriam meramente para justificar as relações de poder dominantes. A proposta deste artigo coaduna com o posicionamento do primeiro autor apesar de considerar o discurso do segundo como alerta contra eventuais retrocessos democráticos.

Num discurso geral sobre os direitos do homem, deve-se ter a preocupação inicial de manter a distinção entre teoria e prática, ou melhor, deve-se ter em mente, antes de mais nada, que a teoria e a prática percorrem duas estradas diversas e a velocidades muito desiguais. Quero dizer que, nestes últimos anos, falou-se e continua a se falar de direitos do homem, entre eruditos, filósofos, juristas, sociólogos e políticos, muito mais do que se conseguiu fazer até agora para que eles sejam reconhecidos e protegidos efetivamente, ou seja, para transformar aspirações (nobres, mas vagas), exigências (justas, mas débeis), em direitos propriamente ditos (isto é, no sentido em que os juristas falam de “direito” (BOBBIO, 2004, p.62)

“Faz-se mister encontrar, portanto, um caminho entre o abandono da normatividade em favor do domínio das relações fáticas, de um lado, e a normatividade despida de qualquer elemento realidade, de outro.” (Konrad Hesse, 1991, p.14). Propõe-se, então, considerar a relação entre norma posta e realidade, entre razão abstrata e experiência, como reciprocamente consideradas em detrimento de observações isoladas, estagnadas e exclusivistas que as separam ou as confundem.

2.2 Do princípio da proporcionalidade

O princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade serão tidos como sinônimos neste trabalho mas existe corrente doutrinária que os diferencia. Inicialmente, far-se-á a construção histórica do instituto. Trata-se da conjugação de conceitos provenientes de dois sistemas diversos, quais sejam, sistema jurídico anglo-saxão, da doutrina do devido processo legal substantivo do direito nor-

te-americano, próprio do sistema do *common law*, através de precedentes, e das raízes romano-germânicas, do princípio da proporcionalidade do direito alemão.

Como visto, a razoabilidade surge, nos Estados Unidos, como um princípio constitucional que servia de parâmetro para o *judicial review* (controle de constitucionalidade). Na Alemanha, ao revés, o princípio da proporcionalidade desenvolveu-se no âmbito do direito administrativo, funcionando como limitação à discricionariedade administrativa. É natural que lá não tenha surgido como um princípio constitucional de controle da legislação. É que até a segunda metade do século XX, como visto, vigorava na Europa continental a ideia de que a soberania popular se exercia por via da supremacia do Parlamento, sendo o poder do legislador juridicamente ilimitado. Como consequência, não era possível conceber o princípio da proporcionalidade como fundamento de controle judicial da atuação do Parlamento, mas apenas dos atos administrativos. Somente após a Lei Fundamental de 1949 esse quadro se alterou (BARROSO, 2017, p.293).

Foi na jurisprudência alemã que se subdividiu o princípio da proporcionalidade (BONAVIDES, 2017) em adequação (adequação entre meio empregado e fim perseguido), necessidade (impõe verificar a inexistência de meio menos gravoso para a consecução dos fins visados, expressando-se pelo princípio de vedação do excesso) e o da proporcionalidade em sentido estrito (ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, ou seja, averiguação da relação custo-benefício). Este último subprincípio é especialmente

pertinente em caso de colisão entre direitos fundamentais (MARMELSTEIN; 2016, ALEXY, 2017).

Em uma constituição como a brasileira, que conhece direitos fundamentais numerosos, sociais generosamente formulados, nasce sobre esse fundamento uma forte pressão de declarar todas as normas não plenamente cumpríveis, simplesmente, como não vinculativas, portanto, como meras proposições programáticas. A teoria dos princípios pode, pelo contrário, levar a sério a constituição sem exigir o impossível. Ela declara as normas não plenamente cumpríveis como princípios que, contra outros princípios, devem ser ponderados e, assim, estão sob uma “reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo pode requerer de modo razoável da sociedade”. Com isso, a teoria dos princípios oferece não só uma solução do problema da colisão, mas também uma do problema da vinculação (ALEXY, 2015, p.69).

Nesse moldes, regras (CUNHA JÚNIOR, 2012) seriam postulados definitivos cujos conflitos seriam solucionados por subsunção do fato à norma, na medida do “tudo ou nada”, à partir dos critérios de hierarquia, especialidade e temporalidade. Já os princípios, veiculados a valores, teriam aplicação gradual à partir da análise das possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto. Seriam mandados de otimização cujos conflitos seriam solucionados pela referida técnica da ponderação (ALEXY, 2015), à partir das dimensões de peso ou importância.

Por fim, analisar-se-á, a seguir como a crise de legalidade e da lei formal acarretaram na expansão da jurisdição constitucional, com o desenvolvimento do princípio da juridicidade

em detrimento do princípio da legalidade, justamente visando efetivar as normas postas banalizadas pela inflação legislativa.

2.3 Da expansão da jurisdição constitucional

Do até agora exposto, buscou-se demonstrar que a ascensão pós-positivista não pode ser detida. Os acontecimentos históricos nos trouxeram até aqui (MARMELSTEIN, 2016) e nos mostraram a necessidade de associar o legalismo ao pluralismo. “Equilíbrio” é a palavra-chave em um Estado Democrático de Direito. Críticas foram feitas (GALVÃO, 2014), sobretudo quanto ao risco de personalismo camuflado em ideais fundamentais mas isto é solucionado por uma argumentação jurídica coerente e racional (ALEXY, 2011) que explicita o porquê da decisão, aplicando adequadamente o Direito, como também já foi discutido.

Foram afetadas premissas teóricas, filosóficas e ideológicas da interpretação tradicional, inclusive e notadamente quanto ao papel da norma, suas possibilidades e limites, e ao papel do intérprete, sua função e suas circunstâncias. Nesse ambiente, ao lado dos elementos tradicionais de interpretação jurídica e dos princípios específicos de interpretação constitucional delineados ao longo do tempo, foram descobertas novas perspectivas e desenvolvidas novas teorias. Nesse universo em movimento e em expansão, incluem-se categorias que foram criadas ou reelaboradas, como os modos de atribuição de sentido às cláusulas gerais, o reconhecimento de normatividade aos princípios, a percepção da ocorrência de colisões de normas constitucionais e de direitos fundamentais, a

necessidade de utilização da ponderação como técnica de decisão e a reabilitação da razão prática como fundamento de legitimação das decisões judiciais (BARROSO, 2017, p.302).

A expansão da jurisdição constitucional é consequência de todo esse contexto de crítica ao legalismo estrito, ao totalitarismo da lei, somado à crise da democracia representativa:

Antes de 1945, vigorava na maior parte da Europa um modelo de supremacia do Poder Legislativo, na linha da doutrina inglesa de soberania do Parlamento e da concepção francesa da lei como expressão da vontade geral. A partir do final da década de 40, todavia, a onda constitucional trouxe não apenas novas constituições, mas também um novo modelo, inspirado na experiência americana: o da supremacia da Constituição. A fórmula envolvia a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam imunizados contra a ação eventualmente danosa do processo político majoritário: sua proteção passava a caber ao Judiciário. Inúmeros países europeus vieram a adotar um modelo próprio de controle de constitucionalidade, associado à criação de tribunais constitucionais. Assim se passou, inicialmente, na Alemanha (1951) e na Itália (1956), como assinalado. A partir daí, tribunais constitucionais foram criados em toda a Europa continental. Atualmente, além do Reino Unido, somente Holanda e Luxemburgo ainda mantêm o padrão de supremacia parlamentar, sem adoção de qualquer modalidade de *judicial review* (BARROSO, 2017, p.300).

Há, contudo, mais uma crítica a ser mencionada. Hespánha (2009) salienta que a despeito dessas correntes terem corrompido o prestígio da lei, para que o Direito seja mais uma razão do que uma vontade é preciso haver controle de suas proposições, ou seja, que esse direito jurisdicional, que vai além do legislativo, tenha algum suporte objetivo, em um diálogo racional e não manipulador, demonstrando pessimismo quanto a isso.

Embora todos desejassem que assim fosse e muitos esforços intelectuais tenham sido feitos para que assim seja – ou, pelo menos, no sentido de provar que assim é – a verdade é que não há conclusões definitivas ou geralmente aceites sobre conteúdos do direito objetivamente válidos e, como tal, verificáveis. E por isso, o princípio democrático, entendido como respeito da vontade constituinte ou legislativa do povo, através dos seus representantes, continua a ser o mais importante dos elementos da norma que, nos Estados democráticos de hoje, nos autoriza a reconhecer o que é direito, decerto porque para aí apontam as normas constitucionais, geralmente reconhecidas como as de hierarquia mais elevada no direito de cada Estado (HESPANHA, 1998, p.328).

Ainda complementa o autor:

Qualquer que seja a validade teórica dos argumentos racionais ou o rigor histórico desta última, a verdade é que a insistência na ideia de que existe mais direito do que aquele que está na lei é inevitavelmente arriscada do ponto de vista da democraticidade do direito. Restringindo a questão ao âmbito dos Estados

democráticos – em que as leis são feitas por órgãos direta ou indiretamente representativos do povo –, a hipótese de reconhecer formas de manifestação do direito concorrentes ou superiores à lei põe o delicado problema da fiabilidade e controle dos modos pelos quais elas se manifestam. Quem pode definir ‘a justiça’, ‘a natureza das coisas’, os ‘grandes princípios jurídico-morais’, as consequências da ‘dignidade humana’ para o direito? Quanto mais não seja uma questão de viabilidade prática, as respostas a estas perguntas deverão dispor de um assentimento generalizado. Embora a lei democrática – votada nos parlamentos ou emanada de governos com suporte parlamentar – seja, apesar disso, uma forma muito imperfeita de traduzir os consensos sociais, coloca-se em relação a ela a mesma questão que se costuma colocar em relação à democracia, um regime de governo que, sendo também muito limitado quanto ao modo como realiza, na prática, os seus ideais e princípios, passa por ser o menos mal de todos; existe, na verdade, uma alternativa mais fiável e controlada? (HESPANHA, 1998, p.328)

Compreende-se, neste trabalho, a importância da separação dos poderes e da democracia. Não contesta-se isso, apesar da forma manipulável do sufrágio e de serem as leis mandamentos políticos *a priori*. Um dos fatores de temas controversos estarem chegando ao judiciário é, justamente, o fato de não haver legislação correlata, já que, com receio de comprometer sua candidatura, muitos parlamentares evitam se indispor com o eleitorado. A contemporaneidade traz novas nuances como, por exemplo, os casos difíceis (DWORKIN, 2016) é preciso enfrentá-las de um jeito ou de outro.

La pregunta importante ya no se dirige sólo hacia el futuro. El postpositivismo pone la atención en la pregunta qué se debe hacer ante un caso difícil. La respuesta del positivismo era acudir a las convenciones pasadas y excepcionalmente acudir al legislador intersticial. Pero cuando el razonamiento judicial se efectúa fuera del dominio del Derecho nos encontramos con la tierra incógnita. (Gerald Postema, 1996, p.110) No deja de ser curioso que cuando más necesitamos orientación, la teoría positivista enmudece. La teoría positivista como teoría del Derecho es incompleta porque necesita una teoría de la adjudication que enfoque como deben razonar los tribunales con los materiales ofrecidos por las fuentes del Derecho y por los otros materiales. Buena prueba de esta tesis es la escasa atención que há prestado el positivismo jurídico a la interpretación, entendida como una teoría que pretende ofrecer criterios para resolver casos difíciles. Las razones que muchos positivistas tenían para enmudecer eran coherentes con su posición emotivista, pues los criterios para decidir en los casos difíciles exigen compromissos valorativos, y según su concepción de la ciência no es posible prescribir porque el postulado de la separación entre el Derecho y la moral no se lo permite (CALSAMIGLIA, 1998, p.212).

Por fim, conclui-se que o ideal de estrita objetividade e neutralidade (BARROSO, 1998) não é faticamente alcançável por qualquer via até então realizável. Ainda assim, não se trata da imposição de valores pessoais mas da necessidade de fundamentação principiológica coerente que complemente, e não substitua a legislação posta, mas sobretudo em situações em que não há norma aplicável ou, em outra via, em que há normas colidentes e, conseqüentemente, pela multiplicidade de alternativas.

Considerações finais

O pós-positivismo é uma consequência histórica da superação do jusnaturalismo e do positivismo jurídico. O jusnaturalismo clássico desenvolveu-se durante a Idade Média, em um contexto teológico, no qual se entendia a lei como a vontade de Deus. O jusnaturalismo racional, por sua vez, desenvolveu-se durante a Idade Moderna, com o movimento iluminista e as reformas liberais. Ambos expressam um conjunto de valores superiores, por derivarem do homem.

Para o positivismo, em contrapartida, dever-se-ia tratar o Direito como lei vez que se trataria de um ato emanado do Estado, do qual decorre seu caráter imperativo e coercivo. Distanciou-se da moral na pretensão de criar uma ciência jurídica análoga às ciências exatas, com interpretação neutra. Após os abusos ocorridos durante a Segunda Guerra Mundial percebeu-se que o legalismo acrítico dá margem à arbitrariedades. Assim, busca-se reaproximar o Direito e a ética na propositura de um equilíbrio entre os extremos. O pós-positivismo, portanto, vai além da legalidade estrita sem desprezar o direito posto.

Desse modo, o movimento neoconstitucionalista almeja a construção de três principais novos paradigmas, quais sejam, a força normativa e efetividade da Constituição, o princípio da proporcionalidade e a expansão da jurisdição constitucional. Pelo primeiro, tem-se a análise do caso concreto filtrada pelas possibilidades constitucionalmente admitidas, harmonizando a norma posta e a realidade. Pela segunda, destacam-se os subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito (ponderação) utilizados, sobretudo, na análise dos chamados “casos difíceis” em que há colisão entre direitos fundamentais. Pelo terceiro, por fim, busca-se efetivar normas postas banalizadas pela inação legislativa e pela crise da democracia representativa.

Procurou-se, assim, neste trabalho, definir contornos que permitam que a aplicação prática desse movimento neoconstitucionalista seja feita de forma parcimoniosa e devidamente motivada por uma argumentação jurídica clara e consistente para se evitar abusos, arbitrariedades e retrocessos.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Tradução de: Zilda Huchinson Schild Silva. 3. ed. São Paulo: Forense, 2011.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Organizador/Tradutor: Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. 669 p. Tradução de: Virgílio Afonso da Silva.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2001.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Apresentação de: Celso Lafer; Tradução de: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

CALSAMIGLIA, Albert. **Pospositivismo**. In: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 21, I, p.209-220, 1998.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012.

GOMES, Daniel Machado. **Em Nome da Lei: direito, escritura e desconstrução**. *Lex Humana*, Petrópolis, v. 4, n. 2, p.35-53, 2012. Disponível em: <[http://seer.ucp.br/seer/index.php?journal=LexHumana&page=article&op=view&path; \[\] =262&path; \[\] =189](http://seer.ucp.br/seer/index.php?journal=LexHumana&page=article&op=view&path; [] =262&path; [] =189)>. Acesso em: 28 nov. 2017.

DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. Tradução de: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O Neoconstitucionalismo e o Fim do Estado de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2014.

HESPAHA, António Manuel. **O Caleidoscópio do Direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2009.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de: João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 5. ed. Tradução de: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

LASSALE, Ferdinand. **Que é Uma Constituição?** Tradução: Walter Stöner Copyright. Fonte Digital: São Paulo, 1933. Disponível em: < <http://biblioteca-digital.puc-campinas.edu.br/services/e-books/Ferdinand%20Lassalle-1.pdf>>. Acesso em: 03/nov/2017.

MORRISON, Waine. **Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo**. Tradução de: Jefferson Luiz Carmargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 6. ed. São Paulo: Gen, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais: na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SILVA, José Maria da; SILVEIRA, Emerson Sena da. **Apresentação de Trabalhos Acadêmicos: normas e técnicas**. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

Regulação das empresas estatais e a nova lei nº 13.303/16

Ana Cristina Alves de Paula e Thiago Giovani Romero

Introdução

As empresas estatais são pessoas jurídicas de direito privado e têm como espécies as empresas públicas e as sociedades de economia mista, e suas subsidiárias (art. 37, inc. XX, da Constituição Federal). Tais empresas possuem autonomia administrativa, orçamentária e financeira para cumprirem sua função social e buscarem seus objetivos corporativos. No entanto, essa autonomia varia de acordo com a dependência financeira e não exclui o controle realizado pelo Estado e pela sociedade.

A intervenção do Estado em atividades diretamente produtivas, em economias de caráter capitalista, é fonte de controvérsia, tanto no campo das ciências sociais quanto no plano político-ideológico (ABRANCHES, 1979). No Brasil, este problema muito recentemente vem se tornando objeto de investigação científica, sendo necessário aprofundamento.

Em países onde o Estado intervém em atividades produtivas, a principal fonte de controvérsia tem sido o comportamento ambíguo da empresa estatal: entre sua face empresarial, ou privada, e sua face estatal, ou pública (ABRANCHES, 1979). Nesse sentido, as razões do relativo insucesso no desempenho econômico e financeiro de empresas estatais se encontram na partilha político-partidária no recrutamento dos seus quadros técnicos e gerenciais; na indefinição de seus objetivos e de sua missão institucional; na estrutura organizacional precariamente estabelecida; na desprofissionalização da alta direção; etc. (HADDAD, 2010).

A Lei nº 13.303/2016, denominada “Lei de responsabilidade das estatais”, entrou em vigor no dia 30 de junho e procurou organizar tais assuntos das empresas públicas e sociedades de economia mista em um único estatuto jurídico (art. 173, § 1º, CF). Tomando por base as mudanças trazidas pela referida legislação, este artigo se justifica pelo fato de que a lei em debate possui suma relevância, mas apresenta fragilidades em matéria de integridade e de controle social das formas de gestão e contratação no setor público (SAAD-DINIZ, 2016).

Diante dos recentes escândalos envolvendo empresas estatais brasileiras, esta pesquisa tem por objetivo analisar questões relacionadas ao papel do Estado no domínio econômico; a relevância das empresas estatais para o país; sua estrutura; quais seus impactos econômicos e sociais; e verificar as mudanças institucionais em seu regime jurídico com vistas a resguardar o interesse público (PETHECHUST; RIBEIRO, 2015). Ademais, pretende apresentar comentários relativos ao novo estatuto jurídico, e verificar a contribuição de políticas de transparência de dados, vez que o monitoramento e controle por parte da sociedade e de outros órgãos também são fundamentais para a melhoria da qualidade da gestão pública.

Para tanto, mune-se dos métodos analítico-dedutivo e histórico, bem como da técnica de revisão bibliográfica, por meio dos quais se faz abordagem teórica de conceitos relativos ao papel do Estado e das empresas estatais, focando-se na análise da Lei n° 13.303/2016 e seus impactos, almejando trazer contribuições à resolução de problemas apontados.

1. As empresas estatais no Brasil

A expressão empresa estatal não possui um conceito legal genericamente formulado no âmbito da organização da Administração federal. Atualmente, de acordo com Beatriz Calero Garriga Pires (2012, web), o termo é utilizado, no âmbito infraconstitucional, nas normas que regulam a organização interna do Poder Executivo, como o Decreto n° 3735/01, que estabelece diretrizes aplicáveis às empresas estatais federais e as define como as “empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias e controladas e demais empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto”.

As empresas estatais estão organizadas principalmente em duas formas: sociedade de economia mista e empresa pública. Sob qualquer forma, possuem personalidade legal e autonomia administrativa, orçamentária e financeira para cumprirem sua função social e buscarem seus objetivos corporativos.

As empresas públicas são integrantes da administração indireta. Apesar de contarem com a participação do Estado, são equiparadas às empresas do setor privado, possuindo assim características, atribuições e personalidade jurídica de direito privado. De natureza híbrida, são autorizadas por lei específica e podem explorar atividade econômica ou podem prestar serviços públicos. As que prestam serviço público responderão por seus atos de forma objetiva; en-

tretanto, as que exploram atividade econômica, responde-
rão de forma subjetiva. O DL n° 900/1969, ao facultar a
participação de outras pessoas jurídicas de direito público
interno e de entidades da Administração indireta da União,
dos Estados, Distrito Federal e Municípios em seu capital,
determina que a maioria do capital votante permaneça de
propriedade da União (art. 5°, DL n. 900).

Já as sociedades de economia mista são formadas por as-
sociações entre capitais mistos (público/privado), para um
desempenho de uma atividade estatal. Elas também possuem
personalidade jurídica de direito privado e são autorizadas
por lei específica para a prestação de serviços públicos ou para
exploração de atividade econômica sob a forma de sociedade
anônima (JUSTEN FILHO, 2009, p. 210). A maior parte
da doutrina afirma que se exige, para a caracterização da
sociedade de economia mista, a propriedade pelo Estado da
maioria das ações com direito a voto da companhia.

1.1 Panorama histórico

Embora tenham sido criadas empresas ainda no séc.
XIX, com destaque para o Banco do Brasil (1808) e a Caixa
Econômica Federal (1861), elas só passaram a figurar como
instrumento de desenvolvimento bem mais tarde.

O primeiro impulso para a criação das empresas estatais
foi a necessidade de rápida industrialização do Brasil no iní-
cio da década de 40, em razão da dificuldade de importação
de bens e matérias-primas causada pela Segunda Guerra
Mundial (entre os anos de 1938 e 1945). Frente à rígida bu-
rocracia da administração direta e o incipiente setor privado
nacional, as empresas estatais surgiram como uma solução,
visando a complementar a produção de bens e serviços em
setores intensivos de tecnologia, ou de baixa rentabilidade

privada no médio prazo, ou com grande margem de risco para os volumosos investimentos, especialmente por 3 características: agilidade administrativa, autonomia financeira e flexibilidade na gestão de pessoal.

Apesar da rápida e expressiva ampliação do número de empresas estatais, a crise econômica dos anos 1980, marcada pela 2ª crise do petróleo e a quebra da Bolsa de Nova Iorque em 1979, afetou profundamente as empresas de propriedade do governo, especialmente os grupos que estavam executando grandes projetos de investimento. Paulo R. Haddad comenta que a interrupção dos fluxos de capitais externos para o Brasil suprimiu a principal fonte de financiamento dessas empresas, prorrogando os cronogramas físicos dos projetos, aumentando os seus custos e, ainda, adiando a entrada das receitas esperadas nos seus fluxos de caixa. Assim, as perspectivas de expansão das empresas estatais eram desfavoráveis pelo lado de suas fontes de financiamento, uma vez que, no início dos anos 1990, havia também se esgotado a poupança pública, ou seja, a capacidade de autofinanciamento do seu controlador (HADDAD, 2010, web).

O fraco desempenho econômico das empresas estatais e a impossibilidade de maiores transferências de recursos pelo governo, por causa de sua própria fragilidade financeira, trouxeram a necessidade de iniciar um processo de privatização, acompanhando a tendência mundial de uma menor intervenção governamental na economia (HADDAD, 2010, web).

Ainda de forma incipiente, surgiram as primeiras iniciativas para privatização de empresas estatais, como forma de sanear as despesas públicas. Com o início do governo Collor, em 1990, as privatizações integraram a agenda de governo,

formalizadas pela Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, que criou o Programa Nacional de Desestatização (PND), um grande empreendimento à luz dos modelos internacionais.

De 1991 a 2001, o Estado transferiu para o setor privado o controle de 119 empresas, bem como algumas participações acionárias minoritárias. Em alguns setores estratégicos, as privatizações foram acompanhadas da organização de agências regulatórias que visam a defender o interesse público junto aos novos controladores nas suas decisões operacionais e estratégicas. Essas agências se encontram numa etapa de aprendizagem para a melhoria do seu desempenho institucional, correndo o risco de serem capturadas pelos interesses privados que visam a regulamentar (HADDAD, 2010, web).

Com a crise internacional e a retração da economia mundial, que teve início com a crise imobiliária nos EUA no final de 2008, as empresas estatais voltaram a ganhar destaque no cenário nacional como responsáveis por investimentos capazes de impulsionar o desenvolvimento do País. Essa continuidade dos investimentos públicos contribuiu para minimizar os impactos dos choques externos no mercado interno, mantendo os níveis de emprego e, conseqüentemente, de renda nacional.

1.2 Estado atual das empresas estatais

Atualmente, várias empresas brasileiras são mantidas sob o controle estatal. Segundo dados da ONG Contas Abertas, o volume de investimentos feitos pelas estatais de janeiro a abril de 2015, em relação ao orçamento, é o pior desde 2005. Conforme reportagem de Renée Pereira (2015, web) veiculada pelo portal do jornal “O Estado de S. Paulo” na internet, a conjunção de problemas que atingiu as estatais brasileiras nos últimos anos derrubou a capacidade de inves-

timentos das empresas, paralisou obras e colocou em xeque até a sobrevivência de algumas delas.

Além do ajuste fiscal, que afeta a rotina daquelas que dependem de repasses do governo, cada uma tem um problema específico para lidar, como a Operação Lava Jato na Petrobras, os efeitos da MP 579 na Eletrobras e a perda de receitas da Infraero por causa das concessões de aeroportos (PEREIRA, 2015, web).

Para o economista Ian Bremmer, presidente do grupo Eurásia, em artigo publicado na revista *Foreign Affairs*, citado por Míriam Leitão (2009, web), nos países de “economia madura”, como nos Estados Unidos e na Inglaterra, os governos sabem que qualquer controle estatal deve ser revertido tão logo passe a crise econômica. Mas em muitos países emergentes e em desenvolvimento, a mão pesada do Estado nunca saiu da economia e há, em vários desses países, uma rejeição doutrinária à economia de mercado e uma mistura de interesses partidários com as empresas estatais.

2. O estatuto jurídico das empresas estatais na emenda constitucional nº 19/98

A Emenda Constitucional nº 19, de 1998, modificou o art. 173, § 1º, da Constituição Federal de 1988, definindo limites para exploração de atividades econômicas pelo Estado. Ela passou a exigir que seja estabelecido, por lei, um estatuto jurídico próprio para a empresa pública, a sociedade de economia mista e suas subsidiárias, mas até o início de 2016 a referida lei ainda não tinha sido editada, abrindo espaço para que, de forma antidemocrática, regras equivocadas e prejudiciais ao patrimônio dos brasileiros pudessem ser aprovadas.

O art. 173 da Constituição Federal dispõe que:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

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

§ 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

§ 3º A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.

No que concerne ao regramento societário, a lei deveria prever que, salvo com relação às matérias ali disciplinadas, tanto as sociedades de economia mista como as empresas públicas fossem regidas supletivamente pela lei acionária aplicável às companhias privadas (Lei nº 6.404/76). Assim, o estatuto das empresas estatais deveria abordar os seguintes temas: (i) sua função social e as formas pelas quais poderão ser controladas pelo Estado e pela sociedade; (ii) o regime jurídico próprio das empresas privadas, abrangendo, dentre outros campos, direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (iii) licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, sempre com observância dos princípios da administração pública; (iv) a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; e (v) os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

A melhor interpretação a respeito da alteração imposta pela EC nº 19/98, consoante José dos Santos Carvalho Filho (s/d, web), consiste em considerar que a lei que viesse a criar o estatuto das empresas públicas e sociedades de economia mista deverá ser uma lei federal de caráter geral, vale dizer, lei editada pela União Federal, no uso de sua competência privativa, para incidir sobre todas essas entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. E, evidentemente, nessa lei deveriam ser traçadas regras que melhor se adaptem à personalidade jurídica de direito privado, de que são dotadas essas entidades, distinguindo-as das que hoje vigoram para as demais pessoas administrativas, de direito público (SANTOS FILHO, s/d, web).

3. Estatuto jurídico das empresas estatais: novas regras

Como observado anteriormente, a EC nº 19/98 estabeleceu a necessidade de lei instituir estatuto jurídico de empresas públicas, sociedades de economia mista e subsidiárias (conjuntamente denominadas de estatais) – o que se realizou pela Lei nº 13.303 de 30 de junho de 2016.

Ademais, em um contexto de escândalos que pululam no cenário político nacional, fatores a eles relacionados também propiciaram a necessidade de novas regras: diante da apuração de fraudes em licitações, por meio de cartéis e propinas pagas por empreiteiras a executivos da Petrobrás (Operação Lava-Jato), priorizou-se a necessidade de novas regras.

Tais regras, por conseguinte, estão em vigor. No entanto, pelo art. 91 da Lei nº 13.303/2016, o prazo para adaptação das estatais já constituídas à época da promulgação é de 24 meses. A título de observação, a presente lei não faz diferenciação entre as estatais que desempenham atividade econômica (jus-

tificada pelo objetivo de zelar pela segurança nacional e busca de interesse coletivo) e aquelas prestadoras de serviço público. Logo, nesse viés, observa-se que pelo texto constitucional, prevê-se regime especial apenas para as estatais que exploram atividade econômica. No entanto, o presente diploma legal não fez essa distinção, conferindo o mesmo tratamento a ambas as espécies. Independentemente disso, justifica-se a necessidade de regime diferenciado para que as estatais que atuam no mercado de concorrência assegurem competitividade com as empresas privadas, sem desobedecer princípios do Direito Administrativo (NIEBUHR, 2016).

Diante disso, no que tange às modificações realizadas, destacam-se aquelas sobre o regime societário, transparência e mecanismos de controle interno, além das mudanças nas licitações e contratos por elas firmados.

3.1 Mudanças em relação ao regime societário

Referindo-se ao regime societário das estatais, primeiramente se esclarece que as sociedades de economia mista se constituem sob a forma de sociedade anônima, submetendo-se à Lei das SAs, já as empresas públicas admitem outras formas de constituição (NOHARA, 2016).

Especificando-se, por sua vez, as mudanças trazidas com o novo estatuto sobre o regime societário, elencam-se as áreas abrangidas por essa temática, a saber: o conselho de administração e diretoria (com novos requisitos para respectivos cargos), conselho fiscal, e comitê de auditoria estatutário, os quais devem estar previstos obrigatoriamente nos estatutos.

Acerca do Conselho de Administração e da diretoria, apresentam-se requisitos mais rígidos para indicação de seus membros, conforme elucidam os arts. 16 e 17 da Lei nº

13.303/2016. Logo, destacam-se: possuir vasta experiência profissional comprovada, formação acadêmica compatível com o cargo indicado. Sobre os impedimentos, veda-se ocupação de tais cargos por quem: a) incorrer nas hipóteses de inelegibilidades (art. 17, III, Lei 13.303); b) for representante de órgão regulador ao qual a estatal estiver subordinada, bem como for Ministro de Estado, Secretário de Governo e de Município, ocupante de cargos não permanentes no serviço público, titular de mandato do Poder Legislativo de qualquer ente federativo, ainda que licenciado – bem como ficam impedidos seus parentes consanguíneos ou afins até 3º grau (art. 17, I c/c §3º, Lei 13.303); c) atuou em partido político ou campanha eleitoral nos últimos 36 meses (art. 17, § 2º, II, Lei 13.303); d) exerça cargo em organização sindical (art. 17, § 2º, III, Lei 13.303); e) forneça ou compre bens ou serviços da companhia em período inferior a 03 anos antes da data da nomeação (art. 17, § 2º, IV, Lei 13.303); f) tenha conflito de interesse com a companhia (art. 17, § 2º, V, Lei 13.303). Dessa maneira, desvela-se o intuito da lei em eliminar influência política na indicação de cargos, que costumava direcionar a condução dos rumos das estatais (MATTOS FILHO, 2016).

Concernente a competências e requisitos intrínsecos ao cargo de diretoria, o diretor deve estabelecer compromissos com assunção de metas e resultados (a serem aprovados e fiscalizados pelo Conselho de Administração), apresentando na última reunião do Conselho de Administração do ano anterior o plano de negócios para o ano seguinte, bem como atualização da estratégia de longo prazo com análise de riscos para os próximos 05 anos – no que diz respeito a tais metas, o Conselho de Administração deverá apresentá-los ao Poder Legislativo respectivo e ao Tribunal de Contas, excetuando-se aquelas informações estratégicas (art. 23, Lei 13.303) (CAIADO et al, 2016).

Sobre as mudanças no Conselho de Administração, na busca de maior independência para os órgãos de direção, e conforme aponta o art. 22 da presente lei, sua composição deve ter, no mínimo, 25% de conselheiros independentes, caracterizados por: não terem vínculo com a estatal nos últimos 03 anos – por exemplo, fornecedores, empregados, prestadores de serviço (exceto vínculo relativo à participação de capital); tampouco por serem parentes consanguíneos ou afins, até 3º grau, do chefe do Executivo, Ministros de Estado, de Governo e de Município. Observa-se, no entanto, que se permite a participação de representante dos empregados e dos acionistas minoritários.

Em termos das demais estruturas internas do regime societário, há a figura do acionista controlador (arts. 14 e 15, Lei 13.303), que passa a ser responsável por atos que praticar com abuso de poder conforme art. 117 da lei 6.404/76 e a ação de reparação poderá ser proposta por terceiro prejudicado ou pelos demais sócios, independentemente de autorização da assembleia-geral de acionistas (CAIADO et al, 2016). Menciona-se, ainda, o comitê de auditoria estatutário (arts. 24 e 25, Lei 13.303) e o conselho fiscal (art. 26, Lei 13.303).

3.2 Mudanças em relação aos mecanismos de controle interno

Antes de adentrar nos detalhes normativos da lei para as empresas públicas, sociedades de economia mista e subsidiárias, importante se faz elucidar as categorias de análise atinentes a este tópico: controle interno e *compliance*.

Desse modo, de acordo com a organização não governamental INTOSAI (Organização Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores), controle interno corresponde a um processo integrado realizado pela direção e funcionários,

de tal forma estruturado, para enfrentar riscos e garantir segurança para cumprir as metas de: “[...] execução ordenada ética, econômica, eficiente e eficaz das operações; cumprimento das obrigações de *accountability*; cumprimento das leis e regulamentos aplicáveis; salvaguarda dos recursos para evitar perdas, mau uso e dano” (INTOSAI, 2016, web).

Partindo-se dessa definição, pode-se correlacioná-la com o conceito de *compliance*, termo abordado pela lei em debate. O termo deriva do inglês *to comply*, ou seja, cumprir, obedecer. Consiste no dever de cumprir e fazer cumprir leis, diretrizes, regulamentos, no intuito de mitigar riscos à reputação e riscos regulatórios (COIMBRA; MANZI, 2010). Pode-se defini-lo, ainda, como a observância e cumprimento de normas – não necessariamente jurídicas (VOGEL apud SAAD-DINIZ; SILVEIRA, 2012), ou como um princípio por meio do qual as empresas e suas estruturas devem operar em conformidade com o direito em vigor (ROTCSH, 2012). Autores como Coimbra e Manzi apontam que há tendência de as leis se enrijecerem contra condutas antiéticas dentro das organizações, e, assim, busca-se preservar reputação da empresa diante de princípios como transparência, equidade, prestação de contas (*accountability*), e responsabilidade corporativa (princípios de governança corporativa – “[...] sistema pelo qual as sociedades são dirigidas e monitoradas, envolvendo os relacionamentos entre acionistas/cotistas, conselho de administração, diretoria, auditoria independente e conselho fiscal” (IBGC, 2016, web).

Isto posto, percebe-se a relação de tais conceitos com a lei das estatais na medida em que procura aproximar das estatais a regulamentação das empresas privadas (por meio da governança corporativa, transparência e *compliance*). Logo, ela submete as empresas públicas, sociedades de economia mista e subsidiárias às normas da Comissão de Valores Mobiliários e à Lei nº

6.404/1976 em temas de escrituração, elaboração de demonstrações financeiras e obrigatoriedade de auditoria independente por auditor registrado na CVM (art. 7º, Lei nº 13.303).

No que se refere à transparência, são requisitos mínimos (art. 8º, Lei 13.303): elaboração de carta anual contendo compromissos de consecução de políticas públicas, incluindo seus impactos; adoção de política de divulgação de informações em linguagem clara e direta (atividades, estrutura de controle, fatores de risco, comentários sobre o desempenho, composição e remuneração da administração); distribuição de dividendos; divulgação de relatório de sustentabilidade. Além do mais, pelo art. 9º da lei, as estatais deverão ter Código de Conduta e Integridade, tratando de princípios, valores, missões, canais de denúncia e de sigilo do denunciante, sanções em caso de violação às regras deste código, instâncias internas para aplicação do código, treinamento periódico para tais atitudes (CAIADO et al, 2016).

Relacionado ao controle interno da companhia, também se destaca o Comitê de Auditoria Estatutário (arts. 24 e 25, Lei 13.303), tido por órgão auxiliar do controle interno da estatal, com incumbência de opinar sobre contratação de auditoria independente, supervisionando sua atuação; além de monitorar qualidade dos mecanismos de controle interno; avaliar exposições a risco, elaborar relatório anual com informações sobre as atividades e com conclusões sobre demonstrações financeiras; receber denúncias; divulgar atas das reuniões do Comitê; bem como verificar conformidade da indicação dos membros do Conselho de Administração e do Conselho Fiscal, auxiliando o acionista controlador na indicação desses membros (art. 10, Lei 13.303) (CAIADO et al, 2016).

Por fim, e ainda no aspecto de controle, fica estabelecido que gastos com publicidade e patrocínio (arts. 27 e 93, Lei

13.303) se limitam ao teto de 0,5% da receita operacional bruta do exercício anterior, podendo, nesse limite, celebrar contratos de patrocínio para promoção de atividades culturais, sociais, esportivas, educacionais e de inovação tecnológica (CAIADO et al, 2016).

3.3 Mudanças em relação a licitações e contratos

Parte substancial do estatuto abarca a temática de licitações e contratos (arts. 28 a 84), estabelecendo um regime próprio, que por vezes recebeu influência de outras leis – como se discorrerá – tais quais as de número 8.666/1993 (Lei geral de licitações e contratos); 10.520/2002 (Lei do pregão); 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratação – RDC). Assim, reformularam o processo de contratação de serviços (inclusive serviços de engenharia e de publicidade), aquisição e locação de bens, alienação de bens e ativos, execução de obras e implementação de ônus real.

O novo regime passou a adotar forma semelhante ao de RDC (regime diferenciado de contratação – Lei nº 12.462/2011 – voltado para a Copa do Mundo e Olimpíadas, ampliado para obras do PAC), por exemplo, no caso de contratação integrada, escolha do modelo de disputa aberto ou fechado na apresentação de lances e propostas, fase única recursal. Além de regras do RDC, encontram-se outras, também presentes na Lei Geral de Licitações e Contratos – Lei nº 8.666/1993, bem como inovações no estatuto (como é o caso das contratações semi-integradas para obras de engenharia, isto é, a estatal elabora o projeto básico e não o executivo, podendo aquele ser alterado, uma vez demonstrada redução de custos, aumento na qualidade, redução no tempo de execu-

ção, por exemplo – definições como esta se encontram no art. 42, Lei nº 13.303) (CAIADO et al, 2016; NOHARA, 2016).

Ainda no que tange a essa modalidade de contratações semi-integradas, Joel Niebuhr faz comparação com a contratação integrada. Segundo o autor, esta é considerada uma exceção (presente no RDC), exigindo-se justificativas técnicas e econômicas rigorosas. Trata-se de modelo direcionado para objetos inovadores, envolvendo tecnologia de domínio restrito, em que o vencedor da licitação (realizada apenas com o anteprojeto) encarrega-se do projeto e da execução. O ponto positivo seria o fato de que, havendo erro no projeto, o vencedor ficaria impedido de receber aditivos, já que foi de sua responsabilidade a elaboração. No entanto, pontos negativos seriam a quebra de isonomia o certame licitatório por não haver base de informações comuns, além da possibilidade de inúmeros aditivos (quando não incorrer na hipótese de erro pelo contratado). Todavia, como foi considerada uma modalidade de situações específicas, tal modelo foi readaptado, sendo apresentada a contratação semi-integrada (ressalvando-se a previsão da modalidade de contratação integrada no novo estatuto). Como citado, pela nova lei, ela deve ser aplicada em serviços ou obras de engenharia executados com diferentes metodologias ou tecnologias (e, portanto, a escolha prévia de metodologia e tecnologia nos editais não deve ser a regra para serviços e obras de engenharia). Entretanto, tal modalidade pode ser afastada, desde que com justificativa, se dentre as tecnologias e metodologias oferecidas, a estatal as tenha avaliado e elegido uma previamente. Logo, no exercício da discricionariedade, a estatal não permite que os licitantes ofereçam propostas que alterem o projeto básico, e definem no edital a tecnologia ou método desejado (para execução de obras e serviços de engenharia). Destarte, autores afirmam que essa modalidade de contratação (semi-in-

tegrada) poderia acarretar em espaço maior de subjetividade (como na avaliação de qual tecnologia seria mais vantajosa), ensejando vulnerabilidades para corrupção – o que caminha no sentido contrário ao propósito da lei (NIEBUHR, 2016).

Alguns autores, ademais, observam que o atual estatuto revoga o procedimento simplificado de contratação para a Petrobras e Eletrobras (conforme expressa o art. 96, Lei 13.303) (CAIADO et al, 2016; NOHARA, 2016).

Para a questão da dispensa de licitação, e da “inviabilidade de competição” (e conseqüente contratação direta), a presente lei trouxe nos arts. 29 e 30 as hipóteses em que elas podem ser configuradas, respectivamente. Assim, obras e serviços de engenharia no valor de até R\$ 100.000,00, e outros serviços e compras no valor de até R\$ 50.000,00 dispensam licitações, mas tais valores podem ser alterados para refletir variação de custos (por deliberação do Conselho de Administração, admitindo-se diferenciações para cada sociedade art. 29, §3º, Lei 13.303) – houve, portanto, um aumento de valores, comparado com a disciplina anterior (art. 24, Lei nº 8.666/1993). Por sua vez, um aspecto polêmico de inexigibilidade de licitação que merece destaque corresponde à dispensa de licitação “[...] nos casos em que a escolha do parceiro esteja associada a características particulares, vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas, justificada a inviabilidade de procedimento competitivo” (art. 29, §3º, II, Lei 13.303). Observa-se no art. 29, §4º que “oportunidades de negócios” consistem na formação e extinção de parcerias (e outras formas associativas), aquisição e alienação de participação em sociedades, e operações realizadas no mercado de capitais, respeitada regulação do respectivo órgão competente (NOHARA, 2016).

Outro aspecto levantado por autores se trata da autorização legal para o uso de Procedimento de Manifestação de In-

teresse Privado (PMI – art. 31, §4º, Lei 13.303): corresponde a procedimento por meio do qual as estatais poderão receber “[...] projetos, levantamentos, investigações ou estudos, por pessoa física ou jurídica de direito privado, com finalidade de subsidiar a administração pública na estruturação de empreendimentos” (NOHARA, 2016, s/p). Tal mecanismo se aplica a concessões, permissões de serviços públicos e a parcerias público-privadas. Apesar de tais especificações, o art. 32, IV, Lei 13.303 assevera como preferencial a modalidade de licitação por meio de pregão (Lei nº 10.520/02).

Acerca dos impedimentos para participação do processo licitatório, o art. 38 da lei em tela elenca uma série de incisos, destacando-se: empresa cujo administrador ou sócio detentor de mais de 5% do capital social seja diretor ou empregado da estatal contratante; sócio ou administrador de empresa suspensa ou impedida (e ainda se tiver constado nos quadros como tal de empresa declarada inidônea) – sobre este requisito, Nohara aponta para certo exagero no sentido de que a pessoa pode não ter incorrido em culpa pelas condutas que ensejaram a empresa ser considerada inidônea (NOHARA, 2016).

Outras previsões são mencionadas: valor sigiloso do contrato (art. 34, Lei 13.303, inspirado no RDC Lei 12.462/2011); prevê-se a remuneração variável – de acordo com o desempenho do contratado (art. 45, Lei 13.303), há também a repartição de riscos de modo objetivo (art. 42, X, Lei 13.303, inspirado na parceria público-privada Lei 11.079/2004), além de ser necessário constar matriz de riscos como cláusula nos contratos (art. 69, X, Lei 13.303). Ressalta-se, por fim, que os contratos e licitações iniciados ou celebrados até o fim do prazo de 24 meses permanecem regidos pela legislação anterior (art. 91, §3º, Lei 13.303).

Ante o exposto, percebe-se elevada pormenorização nos aspectos licitatórios, no entanto, ao mesmo tempo, criaram-

-se brechas questionáveis (como em alguns casos de dispensa de licitações mencionados), podendo gerar impactos na fiscalização e nos contratos (NOHARA, 2016).

3.4 Estatais com receita inferior a R\$ 90.000.000,00

Para as estatais que não ultrapassem o limite de R\$ 90.000.000,00 de receita operacional bruta relativamente ao exercício anterior, não se aplicam as regras de governança corporativa presentes nessa lei. Tal fato se justifica, pois os Poderes Executivos deverão editar regras para tais estatais, no entanto, caso não o façam neste período, as regras do Estatuto serão aplicadas, conforme alude o art. 1º, §§ 1º, 3º e 4º, Lei 13.303). (CAIADO et al, 2016; MACHADO, 2016).

4. Regulação e integridade nas estatais com a nova lei

Nesse ponto, por sua vez, retoma-se a questão de transparência e integridade das estatais, voltada à tentativa de regulação por meio desses instrumentos. Assim, pelo observado, especificaram-se regras tendo em vista a busca por integridade: como no caso de nomeações de diretores e de conselheiros, de funções de conselhos e estruturação de órgãos para controle interno, de responsabilidade do acionista controlador, normas de *compliance*, regras de impedimento de contratação com certas empresas, dentre outras. Outrossim, a questão da regulação perpassa pela estruturação de normas voltadas para a consecução da função social das estatais, a saber, a realização do interesse coletivo (ou também o atendimento a imperativo da segurança nacional).

Logo, como explana o art. 27 da Lei 13.303, tal feito se dará por meio do alcance do bem estar econômico e pela alocação socialmente eficiente dos recursos, além de ampliação do acesso de consumidores aos produtos e serviços das estatais, emprego ou desenvolvimento de tecnologia nacional na produção e oferta de produtos, adotando também práticas de sustentabilidade ambiental e responsabilidade social compatíveis com o mercado, e patrocínio de atividades relacionadas à cultura, educação, inovação tecnológica e esporte.

Desse fato, depreende-se o debate da atuação estatal no mercado por meio das estatais: ao mesmo tempo em que o lucro urge, a necessidade de medidas para o interesse coletivo também se perfaz prioridade. Isso, por sua vez, envolve a tentativa de a lei conter espaços para atos de corrupção pelos instrumentos citados, evitando esvair-se tanto o lucro quanto a efetiva prestação do interesse coletivo.

Ocorre que, conforme explana Eduardo Saad Diniz, a regulação econômica estatal, envolvendo ambiente de integridade nos negócios bem como na gestão pública, se dá com um sistema inteligente de sanções e engajamento de empresários, investidores e demais interessados. Ademais, apesar das inovações supracitadas, e de promover estímulos no mercado para empresas de consultorias de treinamento, as referências à publicidade e transparência merecem reforço. Portanto, enfatiza-se que “[...] não basta ser transparente se não houver efetiva e mensurável externalização de práticas transparentes” (SAAD-DINIZ, 2016, web).

Considerações finais

Depreende-se, portanto, que é inegável que as empresas estatais devem melhorar sua gestão e governança, aumentando seu grau de transparência e controle social. Na Lei nº 13.303/16, destacam-se positivamente critérios de transpa-

rência (art. 8º) para além do cumprimento ao princípio da publicidade (art. 37, caput, CF), o que denota reflexos do cenário de denúncias sobre irregularidades envolvendo empresas estatais, a exemplo da Petrobras. As entidades estatais passam a ter uma função social (art. 27, §§ 1º a 3º, Lei 13.303), orientada para a alocação socialmente eficiente dos recursos geridos, ganhando destaque o acesso irrestrito a documentos e às informações necessárias à realização dos trabalhos, pelos órgãos de controle externo (arts. 85 a 90, Lei 13.303).

Ademais, as empresas estatais deverão possuir regras de estrutura e práticas de controle e gestão de riscos, similar aos sistemas adotados pelas empresas privadas – o que leva a refletir sobre o tratamento de direito privado recebido. Cabível a menção da instituição de um Código de Conduta e Integridade (art. 9º, §1º, Lei 13.303) e de um sistema de auditoria interna (art. 9º, §3º, Lei 13.303) e o dever de divulgação de remuneração dos seus administradores (art. 12, inc. I, Lei 13.303).

No tocante às críticas, elucida-se que as práticas de cumprimento normativo são excessivas e desarticuladas entre si. As inconsistências de técnica legislativa refletem a insuficiência regulatória e certa indiferença à necessidade de rearranjo institucional (SAAD-DINIZ, 2016). No entanto, não há dúvidas de que a Lei nº 13.303/2016 é um reflexo do contexto brasileiro atual. Seu texto visa à transparência de atos e a solidez do controle e à função social, no que está amplamente correta, visto que não se pode esquecer que tais entidades são integrantes da administração pública e, como tal, patrimônio indisponível da população.

Referências

ABRANCHES, Sérgio Henrique. Questão da empresa estatal – economia, política e interesse público. In:

Revista Administrativa Empresarial. São Paulo, n. 4, v. 19, out. / dez. 1979. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-75901979000400009>. Acesso em: 15 ago. 2016.

BRASIL. **Constituição (1988).** Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 ago. 2016.

BRASIL, **Lei 6.404**, de 15 de dezembro de 1976. Dispoõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6404consol.htm>. Acesso em: 02 nov. 2016.

BRASIL. **Lei 8.666**, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, XXI da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 01 nov. 2016.

BRASIL. **Lei 10.520**, de 17 de julho de 2002. Institui modalidade de licitação denominada pregão e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110520.htm>. Acesso em: 01 nov. 2016.

BRASIL, **Lei 11.079**, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2004/11079.htm>. Acesso em: 01 nov. 2016.

vil_03/_ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm>. Acesso em: 01 nov. 2016.

BRASIL. **Lei 12.462**, de 04 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm>. Acesso em: 01 nov. 2016.

BRASIL. **Lei 13.303**, de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm>. Acesso em: 15 ago. 2016.

BRASIL. Portal Brasil. **Entenda o que muda com a nova lei das estatais**. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/governo/2016/06/entenda-o-que-muda-com-a-nova-lei-das-estatais>>. Acesso em: 02 nov. 2016.

CAIADO et al. **Estatuto jurídico das empresas estatais: novas regras**. Disponível em: <<http://www.rstm.com.br/up/uploads/160711VRSDTSJCB.pdf>>. Acesso em: 01 nov. 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **O futuro estatuto das empresas públicas e sociedades de economia mista**. Disponível em: <<http://www.estacio.br/graduacao/direito/revista/revista4/artigo20.htm>>. Acesso em: 04 nov. 2016.

COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi (orgs.). **Manual de compliance: preservando a boa**

governança e a integridade das organizações. São Paulo: Atlas, 2010.

HADDAD, Paulo R. **Sobre as empresas estatais**. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,sobre-as-empresas-estatais-imp-,633829>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

IBGC – INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. Disponível em: <<http://www.ibgc.org.br/index.php/>>. Acesso em 02 nov. 2016.

INTOSAI. Organização Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores. **Diretrizes para as normas de controle interno do setor público**. Tradução de Cristina Maria Cunha Guerreiro, Delanise Costa e Soraia de Oliveira Ruther. Salvador: Tribunal de Contas do Estado da Bahia, 2007. Disponível em: <<http://www.tce.mt.gov.br/arquivos/downloads/00059492/3.%20INTOSAI%20-%20Diretrizes%20para%20Normas%20do%20Controle%20Interno%20do%20Setor%20P%C3%ABlico.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2016.

LEITÃO, Míriam. **Capitalismo estatal**. Disponível em: <<http://blogs.oglobo.globo.com/miriam-leitao/post/capitalismo-estatal-182005.html>>. Acesso em: 04 nov. 2016.

MACHADO Meyer Sendacz Advogados. **Estatuto da empresa estatal**. Disponível em: <<http://www.machadomeyer.com.br/imprensa/estatuto-da-empresa-estatal>>. Acesso em: 02 nov. 2016.

NIEBUHR, Joel de Menezes. Aspectos destacados do novo regime de licitações e contratações das estatais. **Revis-**

ta Direito do Estado. n.209. 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/joel-de-menezes-niebuhr/aspectos-destacados-do-novo-regime-de-licitacoes-e-contratacoes-das-estatais>>. Acesso em 02 nov. 2016.

NOHARA, Irene Patrícia. **Mudanças promovidas pela nova Lei das Estatais:** pontos fortes e fracos. Disponível em: <www.direitoadm.com.br>. Acesso em: 01 nov. 2016.

PEREIRA, Renée. **Crise derruba ritmo de investimentos das estatais ao menor nível em 10 anos.** Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,crise-derruba-ritmo-de-investimentos-das-estatais-ao-menor-nivel-em-10-anos-,1723099>>. Acesso em: 04 nov. 2016.

PEREZ FILHO, Augusto Martinez. Políticas públicas e agências reguladoras. **Revista de estudos jurídicos Unesp**, v.14, n.20, p.217-232. 2010. Disponível em: <<http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/252/301>>. Acesso em: 10 set. 2016.

PETHECHUST, Eloi; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Perspectivas para as empresas estatais no Brasil: propostas para um estatuto jurídico. In: **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte, ano 15, n. 62, out. / dez. 2015. Disponível em: <<https://www.linkedin.com/pulse/ac-re%C3%BAne-de-forma-pluralista-pesquisadores-renome-em-corr%C3%AAa-de-mello?forceNoSplash=true>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

PIRES, Beatriz Calero Garriga. As empresas estatais e o controle societário do Estado. Disponível em: <<http://www.editorajc.com.br/2012/09/as-empresas-estatais-e-o-controle-societario-do-estado/>>. Acesso em: 04 nov. 2016.

ROTSCH, Thomas. Criminal compliance. In: **Dret Revista para el análisis del derecho**. Barcelona, jan., 2012.

SAAD-DINIZ, Eduardo. **Regulação e integridade nas estatais com a nova lei**. Disponível em: <http://www.lex.com.br/doutrina_27176014_REGULACAO_E_INTEGRIDADE_NAS_ESTATAIS_COM_A_NOVA_LEI.aspx>. Acesso em: 15 ago. 2016.

SAAD-DINIZ, Eduardo; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Criminal compliance: os limites da cooperação normativa quanto à lavagem de dinheiro. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 56, p. 293-338, 2012.

SALGADO, Amanda Bessoni Boudoux. **Análise sócio-jurídica das funções da advocacia criminal a partir dos deveres de colaboração**: com especial atenção à nova lei de lavagem de dinheiro (lei nº 12.683/2012). Relatório de pesquisa (FAPESP – Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo). Franca, 2015.

Soberania estatal, sociedade civil e terceiro setor: esboço, transformações e perspectivas

Angela Limongi Alvarenga Alves

Introdução

A soberania constitui tema situado entre o político e o jurídico, permitindo, assim, diversas abordagens, sob diferentes matizes. Desde as suas primeiras teorizações vem sofrendo diversas reformas. Essas (re)formulações, em grande medida, confluem em tentativas de explicar o seu conceito, adequando-o ao conteúdo prático, sempre confluentes a ideias de centralidade e exclusividade estatais.

Atualmente, porém, a interferência da sociedade civil na atuação do Estado, bem assim, na composição do direito, especificamente, no direito do chamado “terceiro setor”, verifica-se a gradativa perda do monopólio normativo estatal, e, com isso, a exclusividade estatal na produção do direito resta profundamente afetada. A emergência de novos atores a

interferir no direito dos Estados, impõem a compreensão de novos paradigmas para a noção de soberania.

Por tudo isso, verifica-se que as transformações sofridas pelas teorias da soberania não foram capazes de resolver a conflituosidade existente entre a sua significação mesma e o seu conteúdo prático. Assim, o presente artigo analisa a reformulação da soberania diante das transformações plasmadas pelo direito atual. Objetiva-se, especificamente, identificar e compreender a soberania contemporânea, bem assim, as suas transformações, decorrentes da atuação da sociedade civil no que tange ao direito do terceiro setor

1. Soberania estatal: conceito e significações possíveis

A doutrina clássica da soberania foi elaborada ao longo de séculos por teóricos, clássicos da política, como Jean Bodin (no ano de 1576), Thomas Hobbes (no ano de 1651), Charles Montesquieu (no ano de 1748), Jean-Jacques Rousseau (no ano de 1762), Emmanuel Sieyès (no ano de 1789) e John Locke (no ano de 1689), que a concebem de diversas formas.

As teses clássicas são normalmente caracterizadas pela doutrina como as legislativas ou as executivas (MIRANDA, 2015). As legislativas encontram a essência da soberania na emissão da lei (assim, Bodin, Locke e Rousseau) e as executivas, no momento da execução ou coerção (assim, Hobbes). E há aqueles que ligam a soberania ao poder de emitir moeda, ao de lançar tributos, ao de punir e ao de recrutar tropas. Essas teses não têm a ver propriamente com as condições de existência do Estado, mas ligam-se ao domínio e às funções do mesmo (MIRANDA, 2015).

Todas essas teorizações, ainda que não tenham como fundamento único a soberania estatal, mas variações como sobe-

rania popular, soberania da nação e soberania do povo são relevantes porque foi a partir delas que a concepção de soberania do Estado se desenvolveu e se consolidou (PAUPÉRIO, 1958).

Assim, lançadas as bases teóricas da soberania, diversos estudiosos se ativeram em aprofundá-la, cuidando principalmente de suas implicações e desdobramentos. Na Alemanha, pesquisas acuradas no campo das filosofias política e jurídica, germinaram a ideia de soberania do Estado.

Os estudos da publicística alemã iniciada por Krause permitiram que se concebesse a ideia de Estado como ideal, ético, formado por um processo histórico e psicológico, defendendo a existência de uma personalidade, mais tarde consolidada no século XIX por Carl Friedrich Von Gerber, Otto Friedrich Von Gierke e Georg Jellinek como personalidade jurídica, firmando o entendimento da soberania calcada na figura do Estado, que chega até os presentes dias.

A ideia de soberania do Estado se fundamenta na realidade jurídica com que o mesmo se reveste, enquanto pessoa jurídica. Como tal, adquire a capacidade de contrair direitos e obrigações e, portanto, de criar o seu direito.

Por essa razão, parte-se do conceito segundo o qual a soberania se entrelaça à ideia de personalidade jurídica do Estado, enquanto poder originário e exclusivo que tem o Estado de declarar e assegurar por meios próprios a positividade de seu direito e de resolver em última instância sobre a validade de todos os ordenamentos jurídicos internos (REALE, 2000).

Essa compreensão de soberania, no entanto, passa a ser questionada pelas transformações sofridas pelo direito a partir da atuação da sociedade civil, que por sua vez, acaba por transformar a própria soberania.

2. Novas relações entre Estado e sociedade civil: terceiro setor

Ensina Norberto Bobbio (2011, p. 35) que o termo “sociedade civil” comporta diversos significados, tendo como pressuposto o elemento não-estatal, sendo necessário, por certo, delimitar a extensão do próprio Estado.

Com efeito, é com Norberto Bobbio (2011, p. 36) que se tem a conceituação acerca da sociedade civil, segundo a qual, numa primeira aproximação, pode-se afirmar que a sociedade civil é o lugar em que surgem e se desenvolvem os conflitos econômicos, sociais, ideológicos e religiosos que as instituições estatais têm o dever de resolver ou através da mediação ou através da repressão. São sujeitos desses conflitos e, portanto, da sociedade civil, exatamente enquanto contraposta ao Estado, as classes sociais ou mais amplamente os grupos, os movimentos, as associações, as organizações de classe, os grupos de interesse, as associações de vários gêneros com fins sociais, e indiretamente políticos, os movimentos de emancipação de grupos étnicos, de defesa dos direitos civis, de libertação da mulher, os movimentos de jovens etc.

Sobre a evolução do conceito de sociedade civil, Leonardo Avritzer (1994, p. 71), à luz das ciências sociais, assevera que o seu surgimento se deu no século XIX, por volta de 1820, como uma dimensão dualista capaz de expressar duas mudanças trazidas pela modernidade ocidental: a diferenciação entre as esferas econômica e familiar com a abolição da escravidão e a diferenciação entre Estado e sociedade causada pela especialização sistêmica do Estado moderno. Expressa-se nesse momento, o início de um processo de diferenciação entre Estado e sociedade na Europa.

Ao longo do século XIX, o conceito de sociedade civil não pôde ser reproduzido para além do Atlântico Norte porque os processos sociais que expressava pertenciam exclusivamente àquelas sociedades. No caso do Brasil, o conceito não teve lugar no mesmo período, haja vista que a essa época, a grande propriedade rural servia de *locus* para a realização das

atividades públicas (LEAL, 1976) e, portanto, para o exercício da dominação econômica e política, além do que, essa estrutura social não conduzia a uma diferenciação entre o público e o privado (AVRITZER, 2012, p. 384).

O conceito de sociedade civil ressurge na cena política e social no final do século XX, envolvendo um significado tripartite, em que a sociedade civil se diferencia tanto do mercado como do Estado (AVRITZER, 2012, p. 384). Assim, o mercado passa a ser visto como a esfera das atividades econômicas privadas, diferenciando-se da sociedade civil. Essa distinção foi necessária para estabelecer limites entre os mecanismos que coordenam a ação da economia (dinheiro), das organizações formalmente organizadas e burocraticamente estruturadas (poder), da sociedade civil, enquanto lugar de socialização e interação social.

No Brasil¹⁵, a sociedade civil surgiu no contexto do regime militar, sob duas vertentes bastante distintas, mas interconectadas: como premente reivindicação pela prestação de serviços públicos de caráter social (AVRITZER, 1994) e pela resistência política ao Estado autoritário (DAGNINO, 2012).

Por um lado, a sociedade civil brasileira surge, durante a década de 1970, como conceito relacionado à sua nova formulação, tripartite, atrelando o surgimento do conceito ao processo de reconstrução dos laços sociais entre a população carente e setores da classe média, pela prestação de serviços públicos (AVRITZER, 2012, p. 384). A sociedade civil foi, então, entendida como um conceito capaz de diferenciar os novos atores sociais emergentes tanto do mercado, entendido como conjunto de interesses econômicos, como do Estado.

15. Assim como nos outros países da América Latina que viveram experiências de regimes autoritários essa concepção tripartite foi adotada, em detrimento da primeira acepção de sociedade civil preconizada na Europa no século XIX.

Com a redemocratização, teorias acerca da sociedade civil procuraram, durante o final dos anos 1980 e início dos anos 1990, tratar as práticas dos atores da sociedade civil em termos de autonomia, embora em um sentido bastante amplo: seja como autonomia organizacional do Estado, bem como uma esfera independente para a ação estatal.

Uma segunda fase, no entanto, em evidência a partir dos anos 1990, questionou a interdependência entre a sociedade civil e o Estado. Após o fim do regime militar brasileiro, a sociedade civil ressurgiu sob a perspectiva da democracia, entrecortada essencialmente pelo aprofundamento democrático. Os atores da sociedade civil superaram uma fase de demarcação de espaço com o Estado e começaram a interagir em conselhos de políticas, bem como em projetos específicos envolvendo a implementação de políticas públicas (AVRITZER, 2012, p. 384).

É importante ressaltar que ainda sob o regime militar, a parcela da sociedade civil que se dedicava à prestação de serviços públicos de caráter social não necessariamente se contrapunha a esse Estado autoritário, mas ao invés, trabalhava com ele, imprimindo e somando esforços para a redução da pobreza e das desigualdades sociais, como, por exemplo, a prestação de serviços sociais, de saúde e educação.

Noutra frente, outro setor da sociedade civil brasileira, profundamente marcada pela experiência autoritária, surge, a partir da década de 1970, como *locus* de resistência que tem como eixo central a oposição ao Estado. Esse movimento foi tão significativo que é reconhecido por alguns teóricos das ciências sociais como a fundação efetiva da sociedade civil no Brasil¹⁶, já que a sua existência anterior

16. José Murilo de Carvalho (1996) rebate a tese segundo a qual a sociedade civil brasileira teve pouco ou nenhum envolvimento com a política no Brasil antes do regime militar e que isso poderia ser visto como alheamento. Trata-se, segundo o autor, de desprezo à elite governante por

estaria fortemente caracterizada pela falta de autonomia em relação ao Estado (DAGNINO, 2012, p. 9).

Considerada o único núcleo possível de resistência a um Estado centralista e autoritário, a sociedade civil brasileira se organizou para o combate ao autoritarismo, desempenhando papel fundamental no processo de transição democrática. A luta unificada contra o autoritarismo, que reunia os mais diversos setores sociais (movimentos sociais de vários tipos, sindicatos de trabalhadores, associações profissionais, universidades, igrejas, imprensa, partidos políticos de oposição etc) contribuiu decisivamente para uma visão da sociedade civil contraposta ao Estado.

Por essa razão, o estudo da sociedade civil e dos impactos da sua mobilização para o direito é de suma importância, e,

parte daqueles que foram obrigados a se adaptar a um projeto político (o republicano) sobre o qual sequer foram consultados. Sob a perspectiva da política formal (voto, eleições) destaca o autor que às classes populares não interessava o envolvimento, pois a república era por elas considerada estranha a sua cultura, já que não haviam tomado parte de sua construção e a entendiam como um processo imposto de cima para baixo. Assim, as manifestações sociais ocorriam fora dos canais institucionais, mas de fato, ocorriam. Como exemplo, cita o autor o episódio conhecido como a “revolta da vacina”, uma manifestação popular contrária à vacinação obrigatória contra a varíola no Rio Janeiro, em 1904, promovida pelo governo republicano e encabeçada pelo médico sanitário Oswaldo Cruz. Através de manifestação popular, o povo demonstrou sua revolta e insatisfação, tomando as ruas e participando de um intenso “quebra-quebra”. Assim, na visão do autor, o que se desprende desse episódio da história brasileira é que a ação da sociedade civil, e, especificamente dos movimentos populares é que eles se desenvolveram, ao longo do tempo, com uma diversidade de formas e de protestos, como, por exemplo: os trabalhadores aprenderam a fazer greves, os camponeses a invadir terras, os estudantes a fazer passeatas e assim por diante. Sob essa perspectiva, o que teria ocorrido com o advento do regime militar seria o arrefecimento da sociedade civil enquanto elemento da tessitura social, devido à instauração de um ambiente de violência extremada e depois, a sua rearticulação, tão logo essa contingencialidade pôde ser contornada.

sincreticamente, a compreensão do ambiente normativo em que ela atua, através do terceiro setor.

3. O direito do terceiro setor e as transformações na soberania estatal

Tendo em vista a superação do binômio “Estado-sociedade civil” em prol da separação entre Estado, mercado e sociedade civil, designando-se como primeiro setor, o Estado; o segundo, o mercado; e o terceiro, a sociedade civil, tem-se sob o manto do terceiro setor, todas as organizações privadas que desempenhem funções públicas ou que busquem objetivos que beneficiem a sociedade como um todo, tais como associações, fundações e organizações não governamentais (ONGs).

Em que pese a separação entre Estado, mercado e sociedade civil é importante ressaltar que o desenvolvimento do terceiro setor é sustentado por mecanismos de interação e complementaridade, permitindo simbioses entre os três setores, sempre buscando maior eficiência e eficácia na geração e uso de recursos humanos e materiais disponíveis (FERNANDES, 1997, p. 137).

As relações entre os três setores, notadamente as de cooperação, colaboração e coordenação ocorrem horizontalmente entre as diversas instituições que os compõem, para garantir a distribuição equitativa desses mesmos recursos. Inobstante as diferenças entre as diversas áreas de atuação que integram o terceiro setor, todas, a seu modo, complementam as ações do Estado e responsabilizam socialmente as ações do mercado, promovem as manifestações individuais e encorajam as formas de participação coletiva (SOARES, 2008, p. 13-14).

O crescimento do terceiro setor, bem como a aproximação gradativa entre os três setores, evidenciando o desenvolvimento sinérgico entre o mercado, a sociedade civil e o Estado são muito evidentes na atualidade. O declínio do Estado

social e o ressurgimento do liberalismo, o avanço tecnológico e a intensificação do processo de globalização levaram o Estado a uma redefinição. Assim, o Estado relega progressivamente um papel imperativo e provedor e assume uma postura mais consensual e relacional (OLIVEIRA, 2008, p. 15).

O Estado passa a concentrar apenas funções estratégicas, viabilizando um redesenho institucional e o desenvolvimento de capacidades gerenciais com o objetivo de desempenhar suas funções com mais eficiência. O Estado rompe com o intervencionismo e impulsiona a transformação da Administração Pública, que perde a sua configuração impositiva e burocratizada e ganha feição consensual e gerencial, substituindo o mecanismo clássico da coerção pelo da colaboração e assim produz um sistema de gestão pública (OLIVEIRA, 2008, p. 33).

Apesar do crescimento exponencial do terceiro setor a partir dos anos 1990, a mobilização da sociedade civil em prol do benefício comum não é recente. Já ocorria de forma consolidada na sociedade estadunidense do século XIX, como demonstram as observações de Alexis de Tocqueville.¹⁷ Também John Stuart Mill, no século XIX, incentivou tal prática na Inglaterra.¹⁸

17. Alexis de Tocqueville (1997, p. 391) em viagem aos Estados Unidos observara em 1840 que: “Os americanos de todas as idades, de todas as condições, de todos os espíritos estão constantemente a se unir. Não só possuem associações comerciais e industriais, nas quais todos tomam parte, como ainda existem mil outras espécies: religiosas, morais, sérias, fúteis, muito gerais e muito particulares, imensas e muito pequenas; os americanos associam-se para dar festas, fundar seminários, construir hotéis, edificar igrejas, distribuir livros, enviar missionários aos antípodas; assim também criam hospitais, prisões e escolas. Trata-se, enfim, de trazer à luz ou se desenvolver um sentimento pelo apoio de um grande exemplo, eles se associam. Em toda parte, onde, à frente de uma empresa nova, vemos na França o governo e na Inglaterra um grande senhor, tenhamos a certeza de perceber, nos Estados Unidos, uma associação.”

18. Sobre a relação entre governo e associações, John Stuart Mill (1991, p. 153) sugerira, em 1859 que: “o que o Estado pode utilmente fazer é tor-

No Brasil, as práticas filantrópicas, assistencialistas ou de solidariedade também não são recentes. Podem ser observadas desde o período colonial, porém, de forma precária e pouco articulada, em atividades geralmente vinculadas à Igreja (SOARES, 2008, p. 23). A novidade do terceiro setor brasileiro reside em sua formatação atual enquanto mecanismo de articulação e mobilização sociais.

O terceiro setor brasileiro começou a adquirir as feições atuais com a atuação dos movimentos sociais da década de 1970, que evoluíram para a articulação política das organizações não governamentais (ONGs) na década de 1980. Com a proliferação das instituições filantrópicas dedicadas à prestação de serviços públicos a fim de preencher as lacunas e deficiências do Estado, emergiram as organizações voltadas para a defesa de direitos, incentivadoras do seu exercício e da construção de novas demandas sociais, além de apoiarem o voluntariado e exigirem práticas empresariais socialmente responsáveis (CARDOSO, 1997, p. 9).

Sob essa perspectiva, a percepção de Gustavo Justino de Oliveira (2011, p. 202), mostra-se relevante, pois compreende o terceiro setor como conjunto de atividades voluntárias, desenvolvidas por organizações privadas não governamentais e sem ânimo de lucro (associações ou fundações)¹⁹, realizadas

nar-se um depósito central da experiência resultante dos muitos ensaios e um ativo fator de circulação e difusão. O que lhe compete é habilitar cada experimentador a se beneficiar das experiências alheias, ao invés de não tolerar outras experiências senão as próprias”.

19. Ruth Cardoso (1997, p. 9) assevera que são vários os termos utilizados para caracterizar esse espaço que não é Estado nem mercado e cujas ações visam o interesse público: iniciativas sem fins lucrativos, filantrópicas, voluntárias. Pode ser que futuramente essa denominação seja inservível enquanto conceito unificador, mas o Brasil ainda se situa em uma etapa de afirmação de uma novidade, o que implica enfatizar sua autonomia e relevância. Trata-se de um espaço de participação e experimentação de

em prol da sociedade, independentemente dos demais setores (Estado e mercado), embora possa com eles firmar parcerias²⁰ e deles possa receber investimentos (públicos e privados).

Importa pensar que o terceiro setor consubstancia uma nova forma de participação da sociedade civil, diferente da participação política tradicional que se dá através dos modelos de democracia representativa: é direta e não apenas tematiza demandas sociais, mas é propositiva em soluções e não tem a lucratividade como objetivo. Nesse sentido, não há que se falar em substituição ao Estado, mas em co-participação e co-responsabilidade.²¹

novos modos de pensar e agir sobre a realidade social. Gustavo Justino de Oliveira (2008, p. 33) alerta, no entanto, que ainda que haja variações de nomenclatura para as organizações sociais do terceiro setor, o direito reconhece apenas duas: associações e fundações, que são aquelas que encontram previsão legal junto ao Código Civil brasileiro.

20. As parcerias entre a sociedade civil (terceiro setor) e o Estado foram regulamentadas pela Lei 13.019/2014, que fortalece a participação social por meio da previsão do Procedimento de Manifestação de Interesse Social – PMIS (artigos 18 a 21) e o controle social por meio da previsão de regras de publicidade e acesso às informações (artigos 9, 10 e 11), de modo a conferir transparência ao manuseio da verba pública, como reconhecer a necessidade de capacitação dos gestores públicos, conselheiros e sociedade civil. Há, no entanto, severas críticas pelo fato da Lei 13.019/2014 ter como objetivo o combate à corrupção, o que acabou por inserir regras extremamente burocráticas com rigoroso formalismo, o que se contradiz com um dos princípios norteadores das parcerias entre o poder público e as entidades sem fins lucrativos de interesse social, concernente ao princípio da eficiência. Tal burocratização pode levar ao afastamento do controle por resultados, na medida em que “não há como priorizar a análise dos resultados exigindo-se grande rigor sobre os meios empregados para o atingimento daqueles resultados. Não se olvida, no caso, a relevância do combate à corrupção, mas à forma pela qual a lei objetivou combatê-la. (OLIVEIRA; FERREIRA, 2016).

21. Afirma Gustavo Justino de Oliveira (2011, p. 203) que se é incorreto dizer que a responsabilidade estatal na execução dessas atividades socialmente relevantes foi integralmente transferida ao setor privado, certo é que ao menos foi incentivada a co-responsabilidade das entidades privadas

Há, com efeito, novas formas de participação popular na esfera pública, voltadas para a efetivação de direitos sociais.²² A intensificação da participação social, entendida como a participação da sociedade civil em espaços públicos de interlocução com o Estado, reflete a configuração de um tecido social que progressivamente foi se tornando cada vez mais denso e complexificado.

Em que pesem as inúmeras transformações pelas quais passa o Estado na atualidade, com ele permanece o papel de garantidor do desenvolvimento nacional. E se no centro de tal noção de desenvolvimento encontra-se o ser humano, cumpre à organização estatal exercer ações em número, grau, extensão e profundidade suficientes para bem desempenhar a obrigação constitucional de realização do princípio normativo da dignidade humana (artigo 2º, III da Constituição Federal) (OLIVEIRA, 2011, p. 203).

(mormente as não lucrativas) para a prática dessas atividades.

22. Emerson Gabardo (2016), a propósito da pretensa crise do Estado social e sua substituição pela prestação de direitos sociais pelo terceiro setor, sob os auspícios do princípio da subsidiariedade, a suprir omissões do Estado, tece severas críticas ao modelo, sob o argumento de que quando se deixa de prestar direitos sociais por meio do regime jurídico administrativo (ideia central da subsidiariedade) há um risco para alguns princípios que são caros ao modelo de Estado social (impessoalidade, universalidade, continuidade, isonomia e solidariedade). Isso porque ao assumir a ideia de subsidiariedade, deixa-se de considerar esses princípios como princípios fundamentais, passando a substituí-los pela ideia de caridade, perdendo-se, assim, o seu caráter público. Dessa forma, quando um serviço é prestado, ainda que seja excelente do ponto de vista moral, ele não pode ser considerado como um direito subjetivo de quem o recebe. Em contraponto, Irene Nohara (2016, p. 204) assevera que as ações do terceiro setor devem ser complementares às políticas públicas estatais que se relacionam com a garantia de direitos sociais, o que é feito por meio da prestação de serviços públicos, que, mesmo gratuitos, constituem direitos subjetivos quando a tutela é garantida pelo ordenamento jurídico e são, portanto, exigíveis do Estado e não podem ser vistos como caridade, a depender da “boa vontade” da sociedade civil organizada.

Ainda que o protagonismo social visando à realização desses direitos tenha sido reforçado diante da crise do modelo estatal providencialista, faz-se necessário que o Estado cumpra com a sua tarefa constitucional de efetivação dos direitos fundamentais sociais, impulsionando o crescimento econômico. No entanto, para atingir esse fim o Estado para além do crescimento econômico, deve se ocupar com a promoção do desenvolvimento dos indivíduos e da sociedade, em todas as frentes de ação, fronteiras institucionais e dimensões federativas (OLIVEIRA, 2011, p. 203).

Isso implica afirmar que mesmo diante da escassez de recursos públicos, o Estado não poderá isentar-se de suas responsabilidades nesse campo. A ele cumpre promover uma série de ações, como, por exemplo, fomento, regulação, parcerias etc as quais igualmente visam promover os valores fundamentais constitucionalmente consagrados (OLIVEIRA, 2011, p. 203).

A análise do terceiro setor contempla a efetivação de direitos sociais, o que constitui uma atividade administrativa, que por sua vez tem finalidade teleológica. Caracteriza-se pelo conjunto de atos e procedimentos realizados pela Administração Pública com vistas à satisfação das necessidades coletivas. O alcance dessa finalidade pode ser feito de modo direto e imediato, casos em que o agir administrativo produz e alcança o fim almejado, ou, de modo indireto e mediato. Nesse último modo a atividade administrativa manifesta-se por meio de fatos, atos e procedimentos que em si mesmos não tendem a obter a satisfação das necessidades coletivas; estas são satisfeitas pela Administração Pública de maneira indireta e mediata, através da promoção da iniciativa dos particulares, por meio da atividade de fomento. Tal atividade, regida pelo direito administrativo, segundo Rocha (2006, p. 24):

(...) pode ser definida como a ação da Administração com vista a proteger ou promover as atividades, estabelecimentos ou riquezas dos particulares que satisfaçam necessidades públicas ou consideradas de utilidade coletiva, sem o uso da coação e sem a prestação de serviços públicos, ou, mais concretamente, a atividade administrativa que se destina a satisfazer indiretamente certas necessidades consideradas de caráter público, protegendo ou promovendo as atividades particulares, sem empregar a coação.

A atuação da sociedade civil em atividades de caráter público através do terceiro setor revela a construção de uma nova forma de interação social e de produção do direito. Trata-se do reconhecimento das interferências do sistema social no sistema do direito. Com isso, a produção do direito se dá em instâncias extra-institucionais, fora do Estado e, por fim, acaba sendo por ele incorporada como resposta às demandas sociais, ou ainda, mediante a criação direta do direito pela participação direta da sociedade civil nos canais institucionais.

Assim, sociedade civil passa a tematizar e a discutir demandas sociais junto à esfera pública diretamente, e não só: passa a atuar em canais não institucionais. Essas ações alteram a formulação da própria política, a ser visualizada como uma meta-política (DELLA PORTA, 2009), questionando, assim, a própria exclusividade do Estado na produção normativa, afetando, destarte, a soberania estatal.

Com Celso Fernandes Campilongo (1988) é possível concluir que sendo as instituições representativas os mecanismos do sistema político mais vinculados à produção de leis, é natural que a participação direta tenha reflexos no direito. No contexto de transformações do Estado na contemporaneidade, a interpenetração cada vez maior entre Estado, mer-

cado e sociedade civil revela que essa tríade não é antitética e tampouco contraposta. É possível perceber que a política e o direito não se reduzem à política e ao direito estatais. Isso implica no reconhecimento de que a representação política estatal não tem nem o monopólio da representação social, nem a exclusividade da produção normativa: existe uma pluralidade de pólos de produção do direito e, *ipso facto*, de lugares de exercício das atividades representativas. Isso perfaz um cenário em que o monopólio do Estado na produção do direito e, portanto, a soberania estatal, resta profundamente alterada.

Considerações finais

A doutrina da soberania compreende diversas acepções. Dentre as teorias jurídicas, destaca-se a teoria da “soberania estatal”. Essa teoria considera que a soberania incumbe ao Estado enquanto personalidade jurídica, com centralidade e exclusividade, passando a concentrar o monopólio da produção do direito.

Com a atuação direta da sociedade civil a transformar o direito e o Estado, a soberania estatal passa a ser questionada. Assim, o conceito de soberania começa a se enfraquecer, bem como a centralidade estatal, que vai paulatinamente perdendo espaço e abrindo caminho para construções teóricas mais receptivas e sensíveis ao contexto atual, entrecortado pela complexidade e heterogeneidade.

A inscrição de espaços de participação da sociedade no arranjo constitucional das políticas sociais brasileiras apostou no potencial de novas institucionalidades²³, na transforma-

23. Nesse sentido, o anteprojeto de lei federal que visa instituir o Estatuto do Terceiro Setor, elaborado pelo Instituto Probono, sob a coordenação do Professor Gustavo Justino de Oliveira, no âmbito do Projeto “Pensando o Direito”, da Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL) do Ministério da

ção da cultura política com a introdução de novos atores na atuação do Estado. Mas não só. A produção do direito foi também profundamente afetada.

Há evidente contraposição entre o modelo rígido e fixo da concepção tradicional de Estado e de soberania para a indefinição, a provisoriedade e a ruptura que emanam da atualidade, demonstrando a erosão e a inadequação que essas estruturas – ainda estáticas – estão enredadas.

O desajuste entre o Estado e a sua soberania e as novas institucionalidades provenientes da sociedade civil, mormente o terceiro setor, demonstram a corrosão dessa estrutura fixa, permitindo afirmar que a soberania deixa de ser um ponto inquestionável e incontestável, mitigando definitivamente a exclusividade estatal na produção do direito.

Há que se ter em mente, com efeito, que a noção de norma jurídica envolve a ideia de direito posto pelo Estado. Disso defluem dois postulados: de que o Estado monopoliza a produção de leis e o parlamento detém a exclusividade de representação. Na contemporaneidade, porém, esses dois postulados são concorrentes: formas paralelas de legalidade contestam esses monopólios.

A mitigação da exclusividade do Estado na produção do direito, e, portanto, da soberania estatal através da inserção de novos sujeitos a compor o direito, especificamente o do terceiro setor, significa pensar uma soberania, no mínimo,

Justiça. O anteprojeto de lei possui duas dimensões normativas marcantes. Uma dimensão de regras disciplinadoras dos direitos, deveres e obrigações das entidades do terceiro setor, frente ao Estado, à população e à própria sociedade civil e uma dimensão de necessária promoção de políticas públicas para o desenvolvimento do terceiro setor. Neste sentido, a norma não será assimilada com o único diploma legislativo a disciplinar o terceiro setor, mas como o principal diploma legislativo, o qual, por suas características aglutinadoras e principiológicas, passa a representar o núcleo central do marco regulatório do terceiro setor no país (OLIVEIRA; FERREIRA, 2016).

reformatada, bem diferente daquela pensada e teorizada desde a paz de Westphalia.

Referências bibliográficas

AVRITZER, Leonardo. *Sociedade civil e democratização*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

AVRITZER, Leonardo. Sociedade civil e Estado no Brasil: da autonomia à interdependência política. *Opinião Pública*, Campinas, v.18, n.2, p. 383-398, 2012.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Representação política*. São Paulo: Ática, 1988.

CARDOSO, Ruth. O fortalecimento da sociedade civil. In: IOSCHPE, Evelyn Berg. *3º setor: desenvolvimento social sustentado*. São Paulo: GIFE, 1997.

CARVALHO, José Murilo. *Os bestializados: o Rio de Janeiro e a República que não foi*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

DAGNINO, Evelina. *Sociedade civil e espaços públicos no Brasil*. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

DELLA PORTA, Donatella. *Democracy in social movements*. New York: Palgrave MacMillan, 2009.

FERNANDES, Rubem César. O que é terceiro setor? In: IOSCHPE, Evelyn Berg. *3º setor: desenvolvimento social sustentado*. São Paulo: GIFE, 1997. p. 137.

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*. São Paulo: Alfa Ômega, 1976.

MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Petrópolis: Vozes, 1991.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da constituição*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NOHARA, Irene Patrícia. *Fundamentos de direito público*. São Paulo: Atlas, 2016.

OLIVEIRA, Gustavo Justino. *Direito do terceiro setor*. Belo Horizonte: Forum, 2008.

OLIVEIRA, Gustavo Justino. Terceiro setor: desenvolvimento social sustentável. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walkíria Batista dos. *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Atlas, 2011.

OLIVEIRA, Gustavo Justino; FERREIRA, Carolina Filipini. *Parcerias do Estado com o terceiro setor: impacto da Lei 13.019/2014 sob o enfoque da insegurança jurídica e instabilidade das relações*. Disponível em: <http://www.justinodeoliveira.com.br/site/wp-content/uploads/2015/12/ARTIGO_Parcerias-do-Estado-com-o-Terc-eiro-Sector_Impacto-da-Lei-n.-13019.14-sob-o-enfoque-da-Inseguranc%CC%A7a-Juri%CC%81dica-e-Instabilidade-das-relac%CC%A7o%CC%83es_GJO.pdf> Acesso em 07 Out 2016.

REALE, Miguel. *Teoria do direito e do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2000.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Temas de direito administrativo: terceiro setor*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOARES, Gisele de Oliveira. O terceiro setor e o transindividualismo: proposta de uma teoria geral. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: PUC, 2008.

TOCQUEVILLE, Alexis. *A democracia na América*. São Paulo: Edusp, 1977.

O imposto sobre operações de crédito, câmbio, seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários como instrumento para incrementar as relações econômicas entre brasil e espanha

Fernando R. M. Bertoncello e Thais Cíntia Cárnio

Introdução

Diante de um tempo favorável à economia brasileira frente a competitividade do Brasil nos mercados internacionais e lucros históricos de instituições financeiras sejam elas nacionais ou não, podemos observar o aumento da renda das famílias e o fortalecimento das empresas em diversos setores.

Atrelado a esse crescimento econômico pode-se verificar a constante busca por operações de créditos e seguros, em diversas modalidades oferecidas por instituições financeiras tanto

para pessoas físicas e jurídicas, face às taxas de juros serem atrativas, e ainda a busca por melhores rendimentos em aplicações financeiras dentro da multiplicidade dos negócios oferecidos.

Observando esse cenário de pleno crescimento a pesquisa realizada nesse artigo traz consigo o imposto que acompanha a política de crédito usualmente chamado de IOF imposto sobre operações de crédito, câmbio, seguro e sobre operações relativas a títulos e valores mobiliários.

Sendo assim, o presente estudo analisa se o Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio, Seguro, ou Relativas a Títulos ou Valores Mobiliários poderia ser utilizado para fomentar novamente o estreitamento comercial entre a Espanha e o Brasil.

1. IOF: histórico e amplitude de sua incidência

A origem do Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio, Seguro, ou Relativas a Títulos ou Valores Mobiliários (“IOF”) é recente, principalmente se comparado aos outros tributos de raízes mais antigas, como imposto sobre renda ou sobre a propriedade. Tal imposto seria uma derivação do Imposto do Selo, criado por um holandês interessado no prêmio oferecido pelos Estados Gerais àquele que propusesse uma nova forma tributária, sem caráter confiscatório (BALEEIRO, 1998, p. 334-335).

Rapidamente, no século VII, essa proposta foi absorvida por países como Portugal, Reino Unido, França e Áustria. Em Portugal, o imposto do selo é o mais antigo do sistema fiscal português, criado por alvará de 24 de dezembro de 1660, incidindo modernamente sobre as transmissões gratuitas a pessoas físicas de bens mobiliários e imobiliários situados em território português, assim compreendidas as doações, sucessões, aquisição por usucapião ou por qualquer

outra forma de transferência sem ônus financeiro (DIREÇÃO GERAL DE IMPOSTOS, 2017).

No Brasil, tem sua origem no período colonial, introduzido pelos Alvarás de 10 de março de 1797 e de 24 de abril de 1801 (AMED, 2000, p. 306-307). Após a declaração da independência, foi proferida a Lei nº 99, de 1835, com o intuito de separar as receitas nacionais.

Dando um salto histórico em benefício da objetividade, a Constituição Brasileira de 1934, baseando-se na Constituição da República de Weimar, discrimina os tributos por sua competência, atribuindo à União a capacidade de decretar imposto sobre atos emanados do seu governo, negócios da sua economia e instrumentos, contratos ou atos regulados pelo governo federal. Como se pode observar, uma versão revista e ampliada do imposto do selo (MORAES, 1996, p. 70).

Com o término da Segunda Guerra Mundial, é promulgada a Constituição de 1946, que prevê como sendo de competência da União os impostos sobre negócios de sua economia, atos e instrumentos regulados por lei federal (AMED, Op. cit., p. 271). Cria-se o imposto sobre transferência de fundos para o exterior, o que seria o precursor do IOF incidente sobre a celebração de contratos de compra e venda de moeda estrangeira.

Posteriormente, em 1965, a Emenda Constitucional nº 18 incorpora à competência tributária da União a criação de imposto sobre operações de crédito, câmbio, seguro e operações relativas a títulos e valores mobiliários, cujos contornos são aclarados pelo Código Tributário Nacional (Lei nº 25 de outubro de 1966).²⁴

24. O Código Tributário Nacional estabelece os contornos básicos do IOF em seu artigo 63, definindo as hipóteses tributárias, conforme segue: (i) quanto às operações de crédito, a entregar ou colocar à disposição, total ou parcial, o montante que constitua o objeto da obrigação; (ii) no que se refere às operações de câmbio, entregar ou colocar à disposição de moeda

Finalmente, a Constituição de 1988, em seu artigo 153, inciso V, prevê a competência *in abstracto* da União para criação de impostos da natureza supraespecificada, confirmando a natureza multifacetada do IOF e sua capilaridade nas principais operações relacionadas à dinâmica econômica e social do Brasil.²⁵

São hipóteses de incidência tão variadas que a sigla “IOF”, ou Imposto sobre Operações Financeiras, torna-se sucinta e inadequada para denominá-lo, até porque abrange várias espécies de operações, nem todas de natureza financeira, como é o caso de sua incidência sobre operações de seguro.²⁶

Enfim, o IOF é um tributo dividido em cinco grandes áreas de incidência, bastante distintas entre si. Para fins deste estudo, a análise será concentrada na incidência sobre operações de crédito, doravante referenciado como IOF Crédito. Não obstante, primeiramente, esclarecer-se-á as características intrínsecas a tal imposto que o qualificam como instrumento extrafiscal voltado ao fomento de determinadas condutas em prol do desenvolvimento social e econômico.

1.1 IOF e extrafiscalidade

A extrafiscalidade é a intervenção do Estado no contexto social e econômico por meio da matéria tributária,

nacional ou estrangeira, ou de documento que a represente; (iii) nas operações de seguro, a emitir a apólice ou recebimento do prêmio; e (iv) quanto às operações relativas a títulos e valores mobiliários, emitir, transmitir, pagar ou resgatar tais títulos.

25. As Constituições Brasileiras de 1967 e 1969 não trouxeram alterações no que tange a tal matéria, ratificando o texto da Emenda nº 18/65.

26. Esse costume se deu dada à relação estreita de tal tributo com a celebração de contratos de câmbio, bem como concessões de crédito e financiamento; operações que soem ser pactuadas junto a instituições financeiras, daí deriva essa expressão: Imposto sobre Operações Financeiras.

com o objetivo de estimular ou desestimular determinados comportamentos, com vistas a preservar o interesse coletivo (CÁRNIO, 2009, p. 75).

Conforme lições de Jorge Jimenez Hernandez, os tributos que apresentam finalidade extrafiscal são instrumentos de política social ou econômica, e têm como objetivo alcançar diversos fins de interesse público (CÁRNIO, 2009, p. 75).

Para tanto, o tributo voltado à extrafiscalidade procura incentivar condutas ou desincentivá-las por intermédio de tratamentos fiscais diferenciados, que animarão o contribuinte a agir de maneira a colaborar com a consecução do objetivo extrafiscal (VARONA ALABERN, 2009, p. 31).

Sob a perspectiva econômica, trata-se do que Joseph E. Stiglitz convencionou denominar de "eficiência econômica", ou seja, o tributo adota uma conotação positiva e será utilizado com o objetivo de direcionar o comportamento dos contribuintes de maneira a produzir um ganho quando o objetivo econômico for alcançado (STIGLITZ, 1999, p. 458).

O IOF apresenta-se como um imposto dotado de condições efetivas de perfazer esse importante papel de condutor de comportamentos, pois, conforme descrito no item anterior, o campo de incidência tributária é amplo, variado, permitindo grande abrangência das operações realizadas diariamente, tanto por pessoas físicas, como jurídicas; sejam de valores altíssimos, ou modestos; tanto no mercado financeiro, como no mercado de capitais.

Além disso, cabe salientar que Constituição Brasileira, em seu art. 150, § 1º, excetua tal tributo da aplicação do princípio da anterioridade anual e nonagesimal.

O princípio da anterioridade refere-se ao critério temporal da incidência tributária e é expresso no artigo 150, inciso III, da Constituição Federal, que dispõe, como regra geral, a vedação à cobrança de tributos em três hipóteses: (i) em rela-

ção a fatos ocorridos antes da vigência da lei que os instituiu ou aumentou; (ii) no mesmo exercício financeiro da referida lei; e (iii) antes de decorridos, no mínimo, noventa dias da publicação do normativo competente.

A primeira limitação, atinente à impossibilidade de que a incidência tributária alcance fatos geradores ocorridos anteriormente à sua instituição ou majoração, confirma as proteções concedidas ao contribuinte pelo Estado Democrático de Direito. Alterações no IOF devem observar esse preceito, pois tal disposição conjuga o princípio da legalidade e da segurança jurídica. Nem poderia ser diferente, pois, *a contrario sensu*, haveria enorme instabilidade no cotidiano social.

A outra vedação refere-se à cobrança de tributos instituídos no mesmo ano fiscal, assim considerado, no Brasil, o período que se inicia em 1º de janeiro e encerra-se em 31 de dezembro de cada ano, coincidindo com o ano civil. Busca-se preparar o contribuinte para esse novo cenário de cobrança fiscal.

Nessa mesma linha protetiva, segue a terceira proibição: cobranças que sejam realizadas em, no mínimo, noventa dias da publicação do normativo competente pela instituição tributária.

Ora, para que seja eficaz a atuação do Estado em política monetária, cambial, e outras importantes variáveis macroeconômicas, há necessidade de que os efeitos sejam produzidos imediatamente, sob pena de que não sejam alcançados os objetivos desejados.

Essas duas últimas limitações temporais não se aplicam ao IOF, conforme se depreende da análise conjunta do artigo 150, § 1º, com o artigo 153, inciso V. Para maior clareza na inteligência do texto, a ordem dos artigos foi invertida, conforme segue:

Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

(...)

V - operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários; (...)

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, (...):

(...)

III - cobrar tributos:

(...)

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;

c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b;

§ 1º A vedação do inciso III, **b**, **não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I, 153, I, II, IV e V**; e 154, II; **e a vedação do inciso III, c, não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I, 153, I, II, III e V**; (...) (grifos dos autores)

Por essas características típicas do IOF – a abrangência de seu campo de incidência, e a exceção à aplicabilidade do princípio da anterioridade anual e nonagesimal – é frequente sua utilização como instrumento de intervenção estatal mediante a adoção de medidas extrafiscais.

A seguir, serão analisados meios pelos quais o IOF poderia ser alterado com vistas a incentivar operações entre Brasil e Espanha.

2. IOF Crédito e fomento às operações entre Brasil e Espanha

A incidência mais frequente do IOF refere-se às operações de crédito, alcançando desde quantias pouco significativas concedidas em créditos pessoais, até operações de grande companhias e valores vultosos, com alta complexidade estrutural. A seguir, serão analisados os elementos que a compõem.

2.1 Regra-matriz de incidência tributária do IOF Crédito

As normas efetivamente definidoras da existência do tributo, descrevendo os fatos e sujeitos da relação, bem como os termos determinativos da dívida são denominadas por Paulo de Barros Carvalho como normas-padrão de incidência ou regra-matriz de incidência tributária (CARVALHO, 2005, p. 242-243). Por sua vez, esta é composta de critério material, espacial, temporal, pessoal e quantitativo.

A abordagem dos próximos itens não apenas abordará cada um dos critérios componentes da regra-matriz, como demonstrará como alguns deles podem adquirir contornos extrafiscais e incentivar as relações internacionais ora em comento.

2.1.1 *Critério Material*

A primeira hipótese tributária prevista legalmente no que se refere ao IOF diz respeito a realizar operações de crédito (i) por instituições financeiras; (ii) por empresas que exerçam as atividades de prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção de riscos, administração de contas a pagar e a receber, compra de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços (*factoring*); e (iii) entre pessoas jurídicas ou entre pessoa jurídica e pessoa física.

Assim, o critério material, ou seja, o elemento nuclear no IOF Crédito, é celebrar operações de mútuo, descontos ou adiantamentos com pessoa física ou jurídica.

No Brasil, é usual que operações de crédito sejam formalizadas pela celebração de contratos ou emissão de títulos de crédito, como a Cédula de Crédito Bancário, instituída pela Lei n° 10.931/2004 ou as Notas e Cédulas de Crédito à Exportação, estabelecidas pela Lei n° 6.313/1975. Objetivando evitar o entendimento que a emissão do título suscita à incidência de imposto sobre operação relativa a títulos ou valores mobiliários, outra faceta do IOF, o legislador previu que a incidência do IOF Crédito afasta a incidência sobre operações relativas a títulos, evitando maiores questionamentos, inclusive do Fisco.

2.1.2 *Critério Espacial*

O critério espacial permite evidenciar os locais nos quais o critério material deverá ocorrer. Paulo de Barros Carvalho ensina que há uma dose maior ou menor de esmero do legislador ao tratar dos critérios espaciais no plano do direito positivo.²⁷

Alguns são cuidadosamente delineados, com bastante precisão, outros, nem tanto, porém poderão ser subentendidos, mesmo que não estejam claramente definidos.

No que se refere ao IOF Crédito, pode-se concluir que o critério espacial é todo o território brasileiro. Ademais, o texto do Decreto 6.306, de 14 de dezembro de 2007, em seu artigo 2º, § 2º, confirma esse entendimento, pois estabelece a exclusão da incidência do IOF Crédito operações de crédito externo, ou seja, empréstimos regulados pela Lei 4.131, de 3 de setembro de 1962, nos quais figurem como credor banco

27. CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 17.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005, p. 260-261.

localizado fora do território nacional e pessoa física ou jurídica residente no Brasil.

2.1.3 *Critério temporal*

Este critério delimita o marco temporal para a configuração da hipótese tributária concretamente.

A Lei nº 9.779, de 19 de janeiro de 1999, em seu artigo 13, § 3º, estabelece como critério temporal do IOF Crédito a data da concessão do crédito. A Lei nº 5.143, de 20 de outubro de 1966, é mais precisa, ao determinar, em seu artigo 1º, inciso I, a entrega do respectivo valor do crédito ou sua colocação à disposição do interessado.²⁸

28. O Decreto nº 6.306, de 14 de dezembro de 2007, complementa a lei acima mencionada e detalha o aspecto temporal conforme segue:

“Art. 3º O fato gerador do IOF é a entrega do montante ou do valor que constitua o objeto da obrigação, ou sua colocação à disposição do interessado. § 1º Entende-se ocorrido o fato gerador e devido o IOF sobre operação de crédito:

I - na data da efetiva entrega, total ou parcial, do valor que constitua o objeto da obrigação ou sua colocação à disposição do interessado;

II - no momento da liberação de cada uma das parcelas, nas hipóteses de crédito sujeito, contratualmente, a liberação parcelada;

III - na data do adiantamento a depositante, assim considerado o saldo a descoberto em conta de depósito;

IV - na data do registro efetuado em conta devedora por crédito liquidado no exterior;

V - na data em que se verificar excesso de limite, assim entendido o saldo a descoberto ocorrido em operação de empréstimo ou financiamento, inclusive sob a forma de abertura de crédito;

VI - na data da novação, composição, consolidação, confissão de dívida e dos negócios assemelhados, observado o disposto nos §§ 7º e 10 do art. 7º;

VII - na data do lançamento contábil, em relação às operações e às transferências internas que não tenham classificação específica, mas que, pela sua natureza, se enquadrem como operações de crédito.”

2.1.4 *Crítério pessoal*

O critério pessoal é composto por dois elementos: o sujeito ativo, detentor de direito subjetivo de recebimento do tributo, e o sujeito passivo, que terá o dever jurídico de adimplir a prestação legalmente prescrita.

Conforme estipulado no artigo 153, inciso V da Constituição Federal, o sujeito ativo do IOF Crédito é a União Federal, e pertencendo unicamente à competência federal, sem repartição de receitas com outras pessoas jurídicas de direito público, torna-se ainda mais viável a possibilidade de utilização desse tributo de forma extrafiscal e integrativa, pois caberá apenas à União deliberar sobre essa matéria.

A delimitação do sujeito passivo resultará da verificação da modalidade de operação de crédito que está sendo celebrada entre as partes envolvidas.

Caso sejam operações de mútuo, são sujeitos passivos do IOF as pessoas físicas e jurídicas que tomam ou tem sob sua disposição o crédito.

Já no caso das operações de desconto, o sujeito passivo será o titular dos direitos de crédito e quem antecipa o recebimento de tais valores. Se a celebração ocorrer com empresas de *factoring*, o alienante dos direitos creditórios será sujeito passivo da obrigação tributária.

2.1.5 *Crítério quantitativo*

Esse importante componente da regra-matriz de incidência dividi-se em dois elementos mutuamente dependentes e que se completam: a base de cálculo e alíquota.

A base de cálculo refere-se à amplitude que o comando nuclear da hipótese tributária alcançará. Uma vez potencializada pela alíquota, resultará no valor do débito tributário.

A Lei nº 8.894, de 21 de junho de 1994, artigo 1º, estabelece que a base de cálculo será o valor da operação de crédito entregue ou colocado à disposição do sujeito passivo.

Se o mútuo for realizado com liberações parciais de recursos, a base de cálculo será considerada o valor do principal de cada liberação, mesmo que o pagamento seja parcelado.

Quanto às operações de desconto, considera-se o valor líquido entregue ou colocando à disposição do alienante dos direitos creditórios, resultante do valor nominal do direito, deduzidos os juros cobrados antecipadamente.

No caso de prorrogação, renovação, novação, composição, consolidação de operação de crédito, confissão de dívida e afins, a base de cálculo será o valor não liquidado da operação anteriormente tributada. Considera-se que ocorre tributação complementar àquela realizada no início da operação, portanto, aplica-se a alíquota em vigor à época da operação inicial.²⁹

Uma vez definida a base de cálculo, esta será multiplicada por outro componente: a alíquota. Somente após esse procedimento será possível verificar o valor efetivamente devido pelo sujeito passivo da obrigação tributária ao sujeito ativo. Etimologicamente, o termo alíquota vem do latim *aliquota*, e significa “parte que divide um todo” (HOUAISS, 2001, p. 159).

Quanto à alíquota, a Lei nº 8.894, de 21 de junho de 1994, em seu artigo 1º, determina que seu percentual máximo será de 1,5% (um vírgula cinco por cento) ao dia.

Frequentemente, o Brasil tem diferenciado as alíquotas para pessoas físicas e jurídicas. Essa ação tem como objetivo incentivar ou desmotivar o consumo financiado por linhas de crédito. Se houver necessidade de controle do índice

29. Essa disposição é válida apenas nos casos em que não haja substituição de devedor original. Havendo substituição, considerar-se-á a ocorrência de uma nova celebração.

inflacionário, tão conhecido da história econômica recente do país, os percentuais são aumentados para pessoas físicas, somente. O objetivo é recrudescer o consumo sem afetar a capacidade de obtenção de crédito das empresas.

Há tratamento diferenciado se houver prorrogação, renovação, novação, composição, consolidação, confissão de dívida de operação de crédito: caso o mutuário permaneça o mesmo, sem qualquer alteração ou substituição, será aplicada a alíquota em vigor à época do primeiro pacto sobre o valor não liquidado da operação anteriormente tributada. Contudo, se houver modificação do mutuário, a alíquota incidente será a que estiver em vigor na data do novo negócio, e a base de cálculo será o valor renegociado da operação.

2.2 Benefícios fiscais para negócios envolvendo a Espanha

Conforme analisado no início deste estudo, a relação internacional entre o Brasil e a Espanha é longa e virtuosa.

Especificamente no início do século XXI, o Brasil sofreu com instabilidades causadas por fenômenos internos, como também com reflexos causados por eventos externos, a exemplo dos efeitos resultantes da Crise de 2008. Assim, é importante buscar alternativas para a manutenção de importantes relações comerciais. Especificamente considerado as alternativas existentes para incrementar o vínculo entre Brasil e Espanha valendo-se do IOF Crédito, há várias possibilidades, ora analisadas.

2.2.1 Redução ou isenção do IOF Crédito para financiamento à importação

Considerando que compõe o critério material do IOF Crédito a celebração de contratos de mútuo, é viável reduzir

a alíquota aplicável aos empréstimos obtidos por brasileiros com a finalidade específica de Agarr por importações de produtos ou serviços oriundos da Espanha.

Nesse sentido, estaria se tratando do chamado “empréstimo com propósito específico”, consoante o qual os valores concedidos devem seguir determinada finalidade, tendo como efeito dessa vinculação gozar de benefícios fiscais ou de taxas de juro mais atraentes.

A comprovação poderia ser realizada por documentos que evidenciassem a relação comercial existente, como contrato de compra venda, guia de importação, fatura de pagamento e afins.

Com isso seria possível facilitar a inserção de produtos espanhóis no Brasil.

2.2.2 Redução ou isenção do IOF Crédito para empréstimos entre companhias com participação societária espanhola

A concessão de empréstimos entre companhias não financeiras também são alcançadas pela incidência do IOF Crédito. Seria interessante oferecer incentivos para que mútuos entre empresas com participação societária espanhola fossem estivessem sujeitos a alíquotas menores ou bases de cálculo reduzidas.

Essa diminuição da base de cálculo seria proporcional aos valores reinvestidos por essas empresas no Brasil. Com essa perspectiva, tanto os investidores espanhóis seriam beneficiados com diminuição do impacto contábil do mútuo, como o mercado nacional, com mais uma empresa com intenção de permanecer no país.

2.2.3 Redução ou isenção do IOF Crédito para empréstimos nacionais

com recursos advindos de bancos espanhóis

As instituições financeiras concedem empréstimos com recursos obtidos de diversas fontes distintas. Dentre elas, há linhas de crédito concedidas por bancos estrangeiros a bancos brasileiros, sendo repassadas para os clientes nacionais.

Seria uma viável pensar em repasse de recursos com isenção de IOF Crédito caso os valores repassados sejam obtidos junto a instituições de crédito espanholas.

Embora o Fisco deixasse de arrecadar os montantes que seriam decorrentes dessa obrigação tributária, haveria a entrada de recursos externos aos cofres do Tesouro Nacional, possibilitando maior estabilidade da moeda nacional brasileira.

Considerações finais

A integração entre países tem se demonstrado bastante frutífera para a expansão de investimentos e abertura de novos mercados. Nesse cenário, é interessante analisar as possibilidades de estreitamento das relações comerciais exitosas em benefícios de ambos os envolvidos.

A correta utilização das características extrafiscais de tributos como o IOF Crédito oferece alternativa de expansão desses laços.

No mundo globalizado, a proximidade entre os países certamente resulta em benefícios recíprocos muito mais expressivos do que ideais isolacionistas e separatistas, o que se precisa ser fortemente combatido.

A tributação internacional dentro deste cenário, portanto, não funciona somente como ferramenta arrecadatória obviamente, mas sobretudo, diante de característica de extrafiscali-

dade, como instrumento para se reduzir desigualdades entre os países e fomentar a economia de uma maneira eficiente.

Referências bibliográficas

AMED, Fernando José. *História os Tributos no Brasil*. 1.ed. Edições SINAFRESP, 2000.

BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 15.ed. revisada e atualizada por Dejalma de Campos. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BRASIL, *Constituição da República Federativa do*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em Nov 17 2017.

BRASIL, *Decreto nº 6.306/2007*, Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6306.htm Acesso em Nov 17, 2017.

BRASIL, *Lei nº 10.931/2004*, Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.931.htm, Acesso em Nov 17, 2017.

BRASIL, *Lei nº 4.131/1962*, Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4131.htm Acesso em Nov 17, 2017.

BRASIL, *Lei nº 5.143/1966*, Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5143.htm Acesso em Nov 17, 2017.

BRASIL, *Lei nº 6.313/1975*, Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6313.htm Acesso em Nov 17, 2017.

BRASIL, *Lei nº 8.894/1994*, Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8894.htm, Acesso em Nov 17, 2017.

BRASIL, *Lei nº 9.779/1999*, Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9779.htm Acesso em Nov 17, 2017.

CÁRNIO, Thaís Cíntia. *IOF – intervenção estatal, teoria e prática*. São Paulo: Atlas, 2009.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 17.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

Direção Geral de Impostos. Disponível em: <<http://www.dgci.min-financas.pt/pt>>. Acesso em Nov 17 2017.

HOUAISS, Antonio. VILLAR, Mauro Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. 1.ed. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2001.

JIMENEZ HERNANDEZ, Jorge. *El tributo como instrumento de protección ambiental*, Editorial Comares: Granada, 1998.

MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Compêndio de Direito Tributário*. 5.ed. revista, aumentada e atualizada até 1933. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

STIGLITZ, Joseph E.. *Economics of the Public Sector*. 3.ed. Londres: W.W. Norton, 1999.

VARONA ALABERN, Juan Enrique. *Extrafiscalidad y dogmática tributaria*. Marcial Pons: Madrid, 2009.

Tributação consumerista indireta no Brasil: nítido efeito confiscatório

Gerson Santana Arrais

Introdução

As relações de consumo, em diversos Estados, caracterizam-se pela relação negocial existente entre duas partes, consumidor e fornecedor. Na grande maioria dos Estados, essa relação negocial de consumo, aquisição de bem, produto ou serviço, é hipótese de incidência tributária de consumo. Daí, importa dizer que o fato gerador é o consumo propriamente dito.

Esse tipo de tributação, sobre o consumo, pode-se dizer que se trata de um tipo de tributação direta, pois recai diretamente sobre o consumo de algo ou de um determinado serviço.

Na União Europeia, por exemplo, a maioria dos Estados têm, em seus sistemas tributários, impostos sobre o consumo de tabaco, bebidas, combustíveis automotivos, etc.

Por outro lado, em países que não possuem, em seus sistemas tributários, tributos que gravam diretamente ou pro-

priamente o consumo, onerando o consumidor, estritamente nessa qualidade, como é o exemplo emblemático brasileiro, uma problemática surge e merece bastante reflexão e estudos a respeito. É o conhecido fenômeno tributário brasileiro, sob um aparente manto de legalidade, intitulado “fenômeno da repercussão do encargo financeiro tributário”.

Esse fenômeno ocorre nos impostos tidos como “pluri-fásicos”, que incidem sobre circulação de bens, mercadorias ou serviços. A cada fase de circulação, quando o objeto da tributação é repassado a outrem, há uma exação ou tributação sobre o valor que se agrega ou que se acresce em cada uma das fases (transação).

A lei de regência ou de instituição desses tributos prevê, expressamente, que o contribuinte de direito é aquele que inicia a circulação (venda e revenda, por exemplo), como veremos oportunamente. A *contrario sensu*, o que ocorre, na prática, é que o sujeito que, finalmente, suporta o ônus dessa tributação é o consumidor final, este não previsto ou considerado contribuinte ou sujeito passivo de direito.

Essa situação, no Brasil, muito tem contribuído para aumentar, em muito, a carga tributária do consumidor de produtos, bens ou serviços. Já é nítido e notório o uso recorrente do termo “impostos sobre o consumo”, em sede de mídias, no comércio e entre os populares, em geral.

Será que existe, efetivamente, à luz da lei, tributos que tenham como fato gerador o consumo, no Brasil?

Diante dessa inquietação, é o que se pretende pontuar, no presente trabalho, as características dos tributos integrantes do Sistema Tributário Nacional Brasileiro, abordando a competência tributária dos impostos enquanto tipos de tributos, os objetos de exação desses impostos, os sujeitos passivos de direito e os reais fatos geradores sob a ótica da hipótese de incidência

tributária. Tudo com o fito de se verificar se há ou não, de forma legítima e legal, tributos sobre o consumo, *stricto sensu*.

Por fim, com o presente trabalho, se pretende apontar se os chamados tributos sobre o consumo (impostos diretos), especificamente no caso brasileiro, se adequam a um viés de confisco financeiro em desfavor do consumidor e se tolhe, de alguma forma, direta ou indiretamente, a dignidade da pessoa humana em relação à situação de contribuinte de fato em certas relações obrigacionais tributárias.

1. Relação de consumo no Brasil

1.1 Definição de consumo

Segundo o magistério de Paiva (2015, p. n.p), Procuradora Federal Brasileira, “A relação de consumo é, basicamente, o vínculo jurídico, ou o pressuposto lógico do negócio jurídico celebrado de acordo com as normas do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90).”

As relações de consumo fazem parte do dia-a-dia de todo cidadão. Desde o momento em que acorda, ao se levantar, já começa o consumo por parte de qualquer cidadão no Mundo. Já começa com o consumo de energia, ao acender a luz do quarto, ao escovar os dentes, ao lavar o rosto, ao tomar o banho, ao consumir o café da manhã, etc.

A cada dia que se passa, as relações de consumo vão tomando ares de maior complexidade diante da evolução das relações sociais, negociais e da evolução dos diversos tipos de tecnologias.

Milanesio define materialmente o que vem a ser o consumo, mas, de forma bem restrita, ao apregoar que

“Consumir es o implica comprar, usar, disfrutar, intercambiar; incluye objetos, experiencias y lugares; une pero también separa y puede ser un hecho altamente reflexivo y ético o mecánicamente ejecutado e inescrupuloso. [...] el consumo es un mecanismo de expresión e identificación: sujetos y grupos se construyen a sí mismos en relación a qué, cómo, dónde y por qué consumen, construyen a otros y establecen barreras que los separan o los acercan.” (MILANESIO, 2016, p. n.p).

A partir da linha de pensamento da citada jurista espanhola, percebe-se, em todos os ramos da ciência jurídica, na atualidade, que essa evolução contínua das relações, notadamente as de consumo, traz muitos efeitos ou consequências que, normalmente, não saltam aos olhos da sociedade. Podemos, neste primeiro plano, afirmar que, no seio do Direito Tributário, poderá surgir, sem transpor o marco da legalidade, um leque de tributação ou exação de toda ordem. Ao lado dessa ampliação das hipóteses de incidências tributárias, poderão nascer novas formas equivocadas de exação tributária.

2. Considerações gerais a respeito de tributos sobre o consumo

2.1 Características

Na grande maioria dos Estados que tributam o consumo o fazem pela via do imposto. Insta frisar que essa tributação tem como fato gerador o consumo propriamente dito e não uma tributação com ares ou aparência de consumo. Pois esta última tem como fato gerador a repercussão tributária de impostos sobre valores agregados que tenham outros fatos gera-

dores tributários diversos do consumo, como é o exemplo do imposto brasileiro sobre circulação de produtos industrializados (IPI - Imposto sobre Produtos Industrializados).

É importante frisar, que impostos sobre consumo, onde existem, gravam o ato de consumir, então, o ato de consumir é o fato gerador propriamente dito. Esse consumo poderá advir de aquisição de bens, produtos ou serviços.

Nos Estados Unidos, na maioria dos seus estados, há o imposto específico sobre o consumo de bens listados em elementos de legislação, é o conhecido Retail Sales Tax (RST). Na maioria dos estados, naquele país, esse tributo representa a principal fonte de formação de receita pública.

No Brasil, o imposto sobre o consumo teve o seu nascedouro na velha Constituição Federal de 1934 e perdeu até a Constituição de 1946, cuja Emenda Constitucional nº 18/1965, que operou uma ampla reforma tributária, retirou do corpo da Constituição o Imposto sobre o Consumo. Em seu lugar, vieram outros impostos sobre valores adicionados, a exemplo do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), fazendo com que, indiretamente, o consumidor final, de qualquer categoria, viesse sofrer a repercussão do encargo econômico-financeiro de sua tributação como contribuinte indireto. Essa situação de contribuinte indireto existe apenas no plano fático, em tributos plurifásicos, não figurando, o consumidor, legalmente, no polo passivo da obrigação tributária.

3. O consumo pela tributação com repercussão indireta

3.1 Sujeito passivo indireto

No Brasil, a tributação indireta sobre o consumidor ocorre principalmente nos tributos plurifásicos. Em suma,

desde a produção até o consumo, os verdadeiros sujeitos passivos desses tributos repassam uns aos outros, na cadeia de distribuição ou de vendas, os valores daqueles tributos até chegar na ponta da linha - o consumidor final. Em alguns casos, o valor dessa tributação estará incluso no valor total da nota fiscal ou da fatura, e, em outros casos, o valor da tributação estará expresso e discriminado na nota fiscal ou fatura, e incluso no valor total da nota suportado pelo consumidor.

3.2 Definição de sujeito passivo tributário

Deve se registrar que, no Brasil, qualquer que seja a qualidade do tributo, notadamente os impostos, há que ter matriz ou berço constitucional. É dizer que todo imposto, como espécie de tributo, deve ser obrigatoriamente criado pelo legislador constituinte. Insta mencionar que essa regra não tem rigidez permanente. Vale dizer que todos os impostos existentes na República Federativa do Brasil, até o presente momento, foram criados diretamente pelo legislador constituinte.

3.3 O ICMS e o IPI como impostos indiretos sobre o consumo

A título de exemplo, *verbi gratia*, a lei brasileira instituidora do IPI, por expressa autorização constitucional, em sede de competência tributária, é o próprio Código Tributário Nacional (lei nº 5.172/66), nos artigos 46 a 51 desse Codex.

O artigo 51 do Código Tributário Nacional Brasileiro relaciona, de forma taxativa, *numerus clausus*, quem são os legais sujeitos passivos do IPI, *in verbis*:

“Art. 51. Contribuinte do imposto é:

I - o importador ou quem a lei a ele equiparar;

II - o industrial ou a quem a lei a ele equiparar;

III - o comerciante de produtos sujeitos ao imposto, que os forneça aos contribuintes definidos no inciso anterior;

IV - o arrematante de produtos apreendidos ou abandonados, levados a leilão.

Parágrafo único. Para efeitos deste imposto, considera-se contribuinte autônomo qualquer estabelecimento de importador, industrial, comerciante ou arrematante.” (BRASIL, 1966)

Como se infere do dispositivo legal acima, não se menciona, em nenhum ponto, o consumidor final como contribuinte ou sujeito passivo de obrigação tributária atingida pela exação do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI).

A título de exemplo dessa prática imoral, pode ser vista em trecho do excerto de jurisprudência abaixo, no qual os julgadores do Tribunal Regional Federal, da 5ª Região, no Brasil, fundamentam esse posicionamento no art. 51, acima transcrito, de forma totalmente antagônica ao teor do artigo, com o fito de justificar uma prática tributária bastante política e, injustamente perpetrada. Eis o citado excerto, como exemplo de milhares deles no âmbito da jurisprudência brasileira, *litteris*:

Ementa: TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. IPI. PAUTA FISCAL. DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS. POSIÇÃO INTERMEDIÁRIA NA CADEIA ECONÔMICA. PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL REJEITADA. PREVENÇÃO. ACOLHIMENTO DA PRE-

LIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM FORMULADA EM SEDE DE CONTESTAÇÃO E NÃO APRECIADA PELO JUÍZO A QUO. POSSIBILIDADE. - O art. 51 do CTN determina que o IPI - Imposto sobre produtos industrializados deve ser recolhido pelo industrial ou quem a lei a ele equipare, sendo pago pelo produtor e transferido, **embutido no preço** do produto, ao **consumidor**, que apenas suporta o ônus da exação **no preço final**. - Apenas aquele que recolhe o **imposto**, no caso, o produtor, é que pode buscar a repetição do indébito e, por conseguinte, postular em juízo a respeito. [...]. (**Apelação em mandado de segurança AMS 89049 PE**). Data da publicação: 30/08/2015. (**TRF.5, 2005, on-line**)

É clara a fuga tangencial à lei instituidora do citado IPI. O excerto demonstra uma fundamentação bastante evasiva, ao arpejo do art. 51 de que os magistrados fizeram uso, pelo fato de não encontrarem suporte jurídico à existência fática da imoral transferência da repercussão do encargo econômico-financeiro do dito imposto na literalidade daquele artigo.

3.4 Reflexos sociais negativos dos impostos indiretos

No Brasil, o cidadão suporta uma pesada carga tributária vinda de todos os entes estatais enquanto fazendas públicas.

Essa malsinada prática costumeira, *contra legem*, em repassar o encargo econômico financeiro do tributo indireto ao consumidor, indubitavelmente, tem elevado o ônus tributário sobre o mesmo, ao contrário do que se faz com os verdadeiros contribuintes de direito, os fabricantes e os comerciantes, em geral.

Essa transferência onera em muito o poder econômico do cidadão consumidor, reduzindo o seu poder aquisitivo. Esse posicionamento é recorrente entre os doutrinadores e alguns institutos no Brasil. Segundo o Observatório da Equidade, órgão brasileiro integrante do Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social (CEDES), “[...], os indicadores do Sistema Tributário Nacional registram que o sistema é injusto e contribui para a perpetuação e o aprofundamento das desigualdades sociais.” (MAIOLONO MARTINS, 2009, p. n.p).

Ainda nesse mesmo diapasão, leciona Maiolono Martins (2009, p. n.p):

[...], a reprodução estrutural da fragilidade social é demonstrada pela diferença entre os que pagam de tributos os que ganham menos e os que ganham mais, entre o que é arrecadado e o que é investido em políticas públicas para a população em maior grau de fragilidade, assim como na falta de visibilidade dos impostos embutidos em produtos e serviços que a maioria da população paga.

Os doutrinadores e pesquisadores Valcir Gassen, Pedro Júlio Sales D’Araújo e Sandra Regina da F. Paulino, com bastante propriedade, frente a dados levantados em 2011, pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), acerca do peso relativo aos impostos indiretos na carga tributária do cidadão consumidor informam que “[...]. Do total da carga tributária brasileira, os tributos incidentes sobre o patrimônio representam 3,52%, sobre a renda 24,14%, e sobre o consumo 68,20%. Nos países da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), esses indicadores representam respectivamente 5,4%, 36,9% e 30,4%.” (GASSEN; SALES D’ARAÚJO; F. PAULINO, 2013, p. 213).

Esse modelo de fato, de tributação indireta adotada pelo Brasil, está, sem dúvida, na contramão do princípio administrativo da razoabilidade. É o que se depreende da análise do famoso jurista e advogado Marcos Antonion Paiva Costa, citando de forma brilhante trecho de obra do grande tributarista Sacha Calmon Navarro Coêlho, ao lecionar que “o tributo, excedendo a capacidade contributiva relativa ou subjetiva, passará a ser confiscatório e, neste sentido o princípio do não confisco se nos parece mais como um princípio de razoabilidade na tributação.” (COÊLHO *apud* PAIVA COSTA, 2012, p. n.p). E nesse contexto, do excesso de tributação em confronto com a capacidade tributária, certamente e logicamente, há que se considerar a sujeição tributária indevida suportada por quem não seja contribuinte de direito.

3.5 A Curva de Laffer e a tributação

A Curva de Laffer foi desenvolvida pelo economista americano e assessor do Governo Reagan, Arthur Laffer. A curva é representada por um gráfico cartesiano que, em resumo, aponta para o índice de arrecadação tributária em relação à carga tributária legalmente imposta e praticada, segundo, principalmente, os tributos reguladores de mercado.

A Curva de Laffer, até certo ponto, indica uma proporção justa entre aumento de tributos e arrecadação. Porém, quando atinge certo ponto no gráfico, acima de seu ápice, em descendência à direita, ocorre uma desproporção entre a carga tributária e a arrecadação, ou seja, quando a carga tributária atinge um certo ponto, a arrecadação diminui porque o perfil econômico do estado já é desestimulador à iniciativa privada empresarial e comercial.

A Curva de Laffer, segundo as pesquisas do seu criador, aponta para uma carga máxima geral tributária de 33% em

relação ao PIB. Este é o limite do ponto de otimização da carga tributária (steady state). Estudos atuais comprovam que já em 2016, o Brasil já atingira o patamar de 36% na Curva de Laffer, no entanto, segundo levantamento da Receita Federal do Brasil e do IPEA, esse percentual sobre o PIB desceu, em agosto de 2017, para 32,6%. Segundo Araújo (2016, p. 215), em sua tese, afirma, assim como outros analistas econômicos brasileiros, que o percentual, na atualidade, do atual modelo de estado fiscal, pode variar de acordo com a realidade econômica e a variação do PIB. O renomado jurista cearense ainda assevera, da gravidade de se atingir o máximo da curva, além do limite prudencial, sobre o esgotamento das fontes de arrecadação, citando o magistério de Rothbard (2012, p. 204) o qual leciona, ludicamente, que ‘o meio político desvia a produção para um indivíduo — ou grupo de indivíduos — parasita e destrutivo; e este desvio não só subtrai da quantidade produzida como também reduz o incentivo do produtor para produzir além de sua própria subsistência. No longo prazo, o ladrão destrói a sua própria subsistência ao diminuir ou eliminar a fonte do seu próprio suprimento.’ (ROTHBARD *apud* ARAÚJO, 2016, p. 204).

Ainda no mesmo diapasão, acerca do papel da Curva de Laffer na otimização tributária de um determinado estado, Guilherme Dourado A. de Sá Araújo ainda adverte sobre a ilusória ideia de que quanto mais se aumenta a carga tributária mais se arrecada, em alinhamento com o posicionamento de Ludwig von Mises, o qual professa que

[...] o verdadeiro ponto crucial do tema tributação está no fato paradoxal de que quanto mais aumentarem os impostos, mais debilitada fica a economia de mercado e, conseqüentemente, o próprio sistema tributário. Portanto, torna-se evidente a incompa-

tibilidade, em última análise, entre preservação da propriedade privada e medidas confiscatórias. Cada imposto em si, bem como o sistema tributário de um país como um todo, tornam-se autodestrutivos quando ultrapassam certos limites.’ (MISES *apud* ARAÚJO, 2016, p. 204).

A tributação ideal, sob a visão das teorias da Curva de Laffer, é a manutenção equilibrada para a carga tributária geral em relação à arrecadação. À medida em que se aumentam determinados tributos e a arrecadação tende a aumentar proporcionalmente, significa dizer que o Estado se encontra em situação conhecida como “steady state”.

A economista portuguesa Suzana Claro, ao se referir à Curva de Laffer, em relação a impostos indiretos em Portugal, aponta para um retrocesso econômico quando o excesso de tributação indireta sobre o consumidor final ultrapassa os limites de equilíbrio econômico tributário. Assim, a jornalista assevera:

[...] o IVA tem, por regra, somente impacto ao nível dos consumidores finais e os outros impostos de consumo têm repercussões em todo o circuito económico – desde a agricultura à educação –, pois encarecem os custos intermédios. Os consumidores vão, assim, pagar mais quando realizarem despesas relacionadas com automóveis, tabaco e bebidas alcoólicas. Esta medida terá os seus efeitos na receita fiscal até ao ponto de retorno na Curva de Laffer – momento a partir do qual os impostos se situam a um nível de tal forma elevado que provocam uma retração no consumo dos bens tributados e geram, consequentemente, uma diminuição da receita fis-

cal, quer dos impostos do consumo quer dos próprios rendimentos das empresas que os comercializam. (CLARO, 2016, p. n.p).

A tendência internacional, nos dias atuais, em Estados nos quais há tributação específica sobre o consumo é estabelecimento de alíquotas gerais, em contraposição às alíquotas seletivas. As alíquotas seletivas, em sede de tributação de consumo, podem ter objetivos de regular certos tipos de consumo, mas, por outra banda, podem provocar desvios econômicos no ramo empresarial, respeitante serem os tributos seletivos considerados como extrafiscais. Em realidade, os tributos extrafiscais, na maioria dos Estados, acabam por ter propósitos e necessidades práticas fiscais. Nesta esteira professa o eminente professor tributarista brasileiro Waldemir Luiz de Quadros, ao lecionar que “[...] A tendência dos teóricos das finanças públicas é a favor da adoção de um imposto sobre o consumo de base geral/abrangente. Até porque a escolha exclusiva de uma base mais restrita/seletiva imporia a necessidade de alíquotas substancialmente mais elevadas para obter a mesma receita.” (QUADROS, 1994, p. 6).

4. O confisco e a tributação indireta

4.1 Conceito de confisco tributário

É assente e notoriamente universal a proibição de confisco na relação jurídica obrigacional tributária. O tributo não pode ter efeito de confisco. O tributo é, a depender de sua natureza jurídica, retributivo ou contributivo, mas nunca confiscador.

Baria de Castilho conceitua o confisco tributário como aquilo que “consiste em uma ação do Estado, empreendida pela utilização de tributo, a qual retira a totalidade ou uma

parcela considerável da propriedade do cidadão contribuinte, sem qualquer retribuição econômica ou financeira por tal ato.” (CASTILHO, 2002, p. 39).

Por sua vez, Fábio Goldschmidit define o confisco tributário como “o ato de apreender a propriedade em prol do Fisco, sem que seja oferecida ao prejudicado qualquer compensação em troca. Por isso, o confisco apresenta caráter de penalização, resultante da prática de algum ato contrário à lei.” (GOLDSCHMIDIT, 2003, p. 46).

A partir de uma análise simples do conceito de confisco apresentado por Goldschmidit (2003, p. 46), é interessante e válida a sua comparação com o artigo 3º do Código Tributário Nacional Brasileiro, que, ao definir juridicamente o tributo *lato sensu*, em seu conteúdo literal, deixa implícito que o tributo não tem efeito confiscatório, como se pode inferir, *in verbis*:

Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada. (BRASIL, 1966) (**grifo nosso**).

No preceptivo legal do dispositivo transcrito acima, fica evidente a proibição do tributo constituir-se em sanção pela prática de ato ilícito. O legislador foi enfático em retirar do conceito o confisco estatal pela prática de ato ilícito. Pela inteligência do citado dispositivo legal, infere-se que o tributo tem caráter retributivo, por algo que o Estado presta ou fornece individualmente, na proporção do uso, ou tem caráter contributivo, o *munus* que o cidadão presta ao Estado para a formação de receita pública orçamentária corrente, que visa, *ab initio*, custear as despesas geradas pelo serviço público colocado à sua disposição, *erga omnes*.

4.2 O princípio do não-confisco e o imposto indireto

O princípio do não-confisco está expresso na Constituição Federal Brasileiro em seu artigo 150, inciso IV. Desse inciso, extrai-se que o tributo não poderá apresentar, *verbi gratia*, uma carga tão exacerbada ou exagerada que torne a atividade econômica ou a relação de propriedade inviável pela perda da liquidez, assim como se pode deduzir ou subentender, que o dispositivo foi configurado como um limitador ao poder de tributar do Estado. Por esse forte mandamento constitucional, que para a grande maioria dos juristas brasileiros, versa sobre garantia fundamental qualificada como cláusula pétrea, tributar alguém sem expresso permissivo legal seria, indubitavelmente, uma forma de confisco, de locupletamento ilícito por parte do Estado.

O princípio constitucional do não-confisco deve ser obedecido na sua integridade, não pode ser relativizado sob escusas de políticas estatais ou de interesses de alguns, em detrimento de toda a sociedade ou de um determinado grupo. É notório, consuetudinário e lógico, que normas constitucionais que estabelecem obrigações a alguém podem, a depender da situação fática, ser interpretadas de forma restritiva. Mas, por outro lado, as normas constitucionais que estabelecem direitos ou garantias, principalmente aquelas consideradas como cláusulas pétreas, devem ser interpretadas de forma ampla, sem restrições, exceto quando se tratar de normas constitucionais de efeitos contidos.

Nesse mesmo *iter*, ensina Lucas Araújo, ao lecionar que “[...]. É de suma importância que aceitemos o não-confisco como princípio e não como uma mera derivação do princípio da capacidade contributiva, até mesmo para não sofrer muta-

ções e ajustes para compor interesses outros que podem mascarar a verdadeira intenção tributária.” (ARAÚJO, 2015, p. n.p).

A questão a ser enfrentada, em sede de confisco tributário, não é apontar se o consumidor ou contribuinte de fato, em situações concretas, se submete a determinada tributação porque este encontra-se dentro de sua capacidade econômica, tampouco dentro dos critérios de seletividade. E quanto à necessidade? Esta, em concreto, pode contornar até a capacidade econômica do consumidor. A questão a ser analisada é avaliar se o imposto indireto retira ou não a liquidez do produto ou do serviço pela sua invasão no consumo e pela sua transferência a quem não seja o contribuinte de direito, eleito pelo legislador.

Conclusão

Do que foi exposto no presente trabalho, infere-se que no Sistema Tributário Brasileiro há tributos, notadamente impostos, que têm, de forma legal, sujeitos passivos expressamente qualificados nas leis instituidoras desses tributos e, de igual forma, os seus fatos geradores expressamente previstos como hipóteses de incidência tributária discriminados e qualificados em seu bojo.

Frente a essa moderna forma de tributação plurifásica, praticada recorrentemente em diversos países, foram criados mecanismos extraleais da chamada tributação indireta.

É evidente, que qualquer que seja o imposto, pessoal ou real, nos seus elementos legais, sempre figuram determinadas pessoas – físicas ou jurídicas, como os verdadeiros sujeitos passivos de eventual obrigação tributária.

Cumprе salientar, que o que se chama de sujeito passivo de fato é uma construção imoral da sociedade, com indumentárias de um certo sincretismo tributário frente à ine-

ficiência ou à incapacidade estatal em controlar e fiscalizar os verdadeiros devedores dos créditos tributários desses “impostos indiretos”. Como o Estado elege um sujeito passivo e exige a exação tributária indireta de sujeito diverso? O Estado poderia invocar diversas razões para esse fenômeno, como por exemplo, a falta de fiscalização ou de regulação de preços mínimos e máximos aos consumidores, *verbi gratia*.

Em um Estado no qual haja controle de preços, mínimos e máximos, aos consumidores, por certo, é mais fácil controlar a exação fiscal de tributos plurifásicos até a última fase da cadeia de circulação de produtos e serviços, sendo possível, assim, limitar a exação fiscal até o último dos contribuintes de direito. Diante de tais mecanismos administrativos fiscais, com certeza, não sealaria em “contribuinte de fato”. O contribuinte somente pode ser qualificado como de direito, não de fato.

Em sede de Direito Tributário, não se discute se cabe ou não repetição do indébito tributário àquele que pagou indevidamente um tributo do qual não seja o legítimo contribuinte. Se se pagou indevidamente, o estorno (repetição do indébito) é assegurado por lei. Mas esse direito, indubitavelmente, tem sido negado ao contribuinte que suporta o encargo econômico-financeiro dos impostos indiretos, paradoxalmente, por não ser contribuinte de direito.

Contribuinte de fato é uma criação extralegal do Estado, ao arrepio da lei e contra um dos primados universais do tributo: a justiça social ou justiça fiscal. A justiça social tem como primado universal a forma justa de se apropriar e de distribuir a riqueza. Ainda em sede de justiça fiscal, particularmente no Brasil, o Estado-fisco se preocupa mais com a prática orçamentária pública de renúncia fiscal como incentivos ou isenções tributárias aos grandes grupos empresários e menos com a capacidade contributiva do consumidor. Por

isso, não se preocupa em praticar o “steady state” em relação aos impostos indiretos. Se, ao contrário, a renúncia fiscal fosse mais expressiva em relação ao consumidor (contribuinte de fato), operando mais sobre os impostos reguladores de mercado, o poder de compra e o poder aquisitivo do cidadão assalariado subiriam consideravelmente, produzindo reflexos no PIB, com a alta do consumo e da produção de bens, inclusive em relação aos bens de capital.

Inexiste, no Brasil, tipificação tributária constitucional, como hipótese de incidência tributária sobre o consumo. Este, no ordenamento jurídico pátrio, não existe como fato gerador.

Como foi aduzido no presente trabalho, e como vem sendo constatado por diversos órgãos oficiais brasileiros, a tributação indireta pesa excessivamente na capacidade contributiva do cidadão, notadamente sobre o assalariado, que recebe ônus tributário muito pesado. Esse ônus ou encargo financeiro exacerbado, obviamente provocado em grande parte pelos impostos indiretos, apelidados de “impostos sobre o consumo”, atinge, e vem atingindo gradativamente, um dos direitos humanos mais universais do cidadão, o direito ao mínimo existencial digno. Esse desrespeito por parte do Estado atinge, por óbvio, a dignidade da pessoa humana. E esse *modus operandi* tributário constitui-se, ao lado diversas outras formas, em um verdadeiro confisco tributário pelo notório e patente descaso em relação à transparência tributária e à igualdade tributária, em sede de princípios.

Se o consumidor não é contribuinte de direito, mas mesmo assim, diante de ausência de sujeição passiva tributária, o Estado permite, e a partir de certo ponto, impõe indiretamente o ônus tributário indevido a ele, sob o manto imoral de se considerar tributação indireta, por óbvio que se trata de confisco financeiro ao consumidor, pela exação indevida.

Referências bibliográficas

ARAÚJO, Guilherme Dourado A. S. **Onde estamos na Curva de Laffer?** Análise sobre a otimização da carga tributária brasileira. Revista de Direito Econômico e Tributário (RDIET), Brasília, V. 11, nº 1, p. 197-226, Jan-Jun, 2016.

ARAÚJO, Lucas. **O princípio do não-confisco e a elevada carga tributária no Brasil.** Jus Brasil [on line]. - 2015. Disponível em: < <https://lucasecao.jusbrasil.com.br/artigos/>>. Consulta em: 10 dez, 2017.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Diário Oficial da União, Brasília, 27 out. 1966. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L5172.htm>. Acesso em: 10 fev. 2017.

CASTILHO, Paulo César Baria de. **Confisco tributário.** - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais - RT, 2002.

CLARO, Suzana. **Agravamento dos impostos sobre o consumo penaliza consumidores e empresas.** Revista Eletrônica Observador nº 371, 5/2/2016 (orçamento do Estado). Economia. Disponível em: <<http://observador.pt/2016/02/05/pwc-agravamento-dos-impostos-consumo-penaliza-consumidores-empresas/>>. Consulta em: 11 nov. 2017.

GASSEN, Valcir; SALES D'ARAÚJO, Pedro Júlio; F. PAULINO, Sandra Regina da. **Tributação sobre o consumo: o esforço em onerar mais quem ganha menos.** Revista Sequência de Estudos Jurídicos e Políticos da Universidade Federal de Santa Catarina. (ISSN: 0101-9562). - v. 34, n. 66 (2013). Disponí-

vel em: < <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2013v-34n66p213>>. Consulta em: 4 jan, 2018.

GOLDSCHMIDT, Fábio Brun. **O princípio do não-confisco no direito tributário**. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais - RT, 2003.

MAIOLONO MARTINS, Marcelo. **A injustiça do sistema - sistema tributário injusto**. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA, Ano 6, ed. 52, 2009. Disponível em: < http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=1240:reportagens-materias&Itemid=39 >. Consulta em: 11 nov, 2017.

MILANESIO, Natalia. **La historia del consumo en la Argentina moderna** (University of Houston). - Programa Interuniversitario de Historia Política. [on line]. Out./2016. Dossiers, n. 90. Disponível em: <www.historiapolitica.com/dossiers/>. Acesso em: 15 nov. 2017.

MISES, Ludwig von. **Ação humana: um tratado de economia**. 3. ed. São Paulo: IMB, 2010.

PAIVA, Clarissa Teixeira. **O que caracteriza uma relação de consumo**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/34128>>. Acesso em 19 novembro de 2017.

PAIVA COSTA, Marcos Antonion. **Os impostos indiretos incidentes na relação de consumo e o princípio da transparência fiscal**. JurisWay Sistema Educacional [on line], 2012. Disponível em: < https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=8700>. Consulta en: 15 dez, 2017

QUADROS, W. L. **O ICMS e a tributação do valor adicionado**: uma análise da sistemática de tributação do consumo no Brasil. 1994. 110 f. - Dissertação (Dissertação em economia) - Instituto de Economia, UNICAMP, Campinas. 1994.

ROTHBARD, Murray. **Anatomia do estado**. São Paulo: IMB, 2012.

TRF-5. Apelação. AMS: 89049. PE 000035-04.2202.4.05.8300. Relator: Desembargador Federal Ivan Lira de Carvalho, DJ: 30/0//2005. **Jus Brasil**, 2005. Disponível em: <<https://trf-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7851281>>. Acesso em: 26 fev. 2018.

A soft law e a constitucionalização do direito administrativo

Mônica Berçot El-Jaick

Introdução

Nas sociedades antigas o direito se baseava nos costumes e tradições. Não era criado, mas sim conhecido. Raramente havia modificações e, quando havia, elas eram consideradas como um desdobramento das relações reguladas pelo direito já existente. A política tinha apenas o dever de aplicar o direito, sendo este considerado suprapositivo, baseado no direito natural.

Em um segundo momento a hierarquia se inverteu, ocorrendo a politização do direito. Na era da monarquia o rei detinha todo o poder e o utilizava de forma a manter seus interesses. Por isso, o direito era utilizado para fins políticos. Na sociedade burguesa, no entanto, ocorreu a juridização da política, com a positivação do direito.

Na sociedade atual a produção do direito é feita por um processo político. O que vale juridicamente é definido políti-

camente.³⁰ Essa afirmação pode ser provada pelas observando a Constituição brasileira e o processo que ela determina para criação de uma lei. É necessário que se tenha discussões e votações nas duas casas do Congresso nacional, há definição de quórum e diversas outras normas a serem seguidas.

No entanto, a aplicação do direito não deve ser eminentemente política, isto é, deve ser pautada pela independência do juiz. Mas não se trata de um processo apolítico. Para que isso ocorresse seria necessário que a ordem jurídica fosse livre de lacunas e independente de mudanças sócias. Como isso é impossível, há espaço para decisões constitutivas por parte dos juízes.

Essa relação entre direito e política influencia diretamente no modo de concretização dos princípios constitucionais, na elaboração de políticas públicas e na atuação do direito administrativo.

Assim explica José Manuel Sérvulo Correia (2016):

(...)perante a complexidade da sociedade atual – marcada pelo seu caráter crescentemente pluralista e pela muitas vezes imprevisível e rápida evolução dos contextos tecnológico e econômico-financeiro-, avultam os limites à previsão legislativa de todas as situações carecidas de conformação pública, bem como se multiplicam os défices de execução das estatuições normativas. O número crescente de áreas da vida social confiadas à autorregulação decorre da consciência da necessidade da desconcentração de polos de decisão, a fim de que a proximidade com os problemas e a participação dos interessados permitam certos afinamentos das políticas administrativas fora do alcance do legislador.

30. GRIMM, Dieter. *Constituição e Política*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006,

Torna-se, portanto, cada vez mais essencial a desconcentração de polos de decisão. E é nesse cenário que ganha espaço a *Soft Law*. Ela surge em contraposição à *Hard Law*, sendo esta o instrumento normativo clássico com força cogente. Já a definição de *Soft Law* é a seguinte:

Expressão utilizada no âmbito do Direito Internacional Público que designa o texto internacional, sob diversas denominações, que são desprovidos de caráter jurídico em relação aos signatários. São, portanto, facultativas, ao contrário do que ocorre com o *jus cogens*, que são normas cogentes. Por sua vez, são também conhecidas como *droit doux* (direito flexível) ou mesmo *soft norm*.

Exemplos de aplicação da *Soft Law* são os códigos de conduta ou as recomendações para a elaboração de uma política pública. Isso não significa que não possam, posteriormente, se transformarem em lei, obtendo caráter vinculante. Trata-se, portanto, de um direito flexível, que leva em conta a vontade das partes, buscando atender aos interesses pela concessão recíproca. Assim é possível obter uma maior rapidez nas tomadas de decisões, o que é essencial perante as dinâmicas relações existentes na atualidade.

Muito conhecida no âmbito de direito internacional, a *Soft Law* começa a apontar soluções também para o direito interno, a medida em que permite acompanhar a rápida evolução da sociedade fornecendo soluções consensuais para os conflitos gerados de forma que, no direito administrativo, deve visar o interesse público sem deixar de lado o direito do particular.

É nesse sentido que nasce o interesse da autora em relação à pesquisa do tema. A contemporaneidade do tema permite traçar

um paralelo entre passado, futuro e direito comparado, de modo a permitir uma visualização global e sistemática do assunto.

Muitos autores falam da constitucionalização do direito administrativo como propulsor de um direito administrativo transnacional, como já se tem um direito constitucional transnacional. Essa ideia trata do intercâmbio entre a doutrina que resulta em “uma aproximação de princípios, conceitos e institutos que, não equivalendo a uma uniformização, confere um alcance metanacional a grandes planos da elaboração teórica.”

Nessa toada José Manuel Sérvulo Correia (2016) analisa:

O avanço da globalização reflete-se por seu turno no papel crescente dos atos administrativos transnacionais, praticados por órgãos de uma Administração Pública nacional, mas produzindo os seus efeitos no espaço de organizações regionais como a União Europeia ou por força de tratados cujas partes se obrigam mutuamente a reconhecer tais efeitos.

Para o autor, a crescente estruturação do direito administrativo em princípios constitucionais possibilita uma ideia de direito administrativo que transcende a fronteira de Estado, agregando-se teorias gerais dos diversos direitos internos. Assim, a *Soft Law* passa a ser vista como principal agente dinamizador do direito regulatório.

Devido a evidente atualidade do tema, torna-se indispensável a sua análise mais aprofundada. O presente trabalho permite traçar um paralelo entre a história do direito administrativo e as prováveis tendências que já começam a ocorrer no Direito brasileiro. Portanto, a pesquisa permite uma maior compreensão do fenômeno de constitucionalização do direito administrativo bem como da crescente utilização da *Soft Law*

no direito interno, permitindo, entre outras coisas, uma nova perspectiva a respeito da resolução de conflitos administrativos.

2. Relação entre Direito Administrativo e Direito Constitucional

Antigamente o papel da constituição era apenas submeter a Administração às normas do direito legislado. Assim, não era vista uma interdependência entre esses ramos do direito, de modo que sua relação seria uma ficção jurídica.

A partir da segunda metade do século XX as Constituições passaram a ter forte conotação axiológica. Dentro de uma nova visão da relação entre Direito Administrativo e Constitucional, Patrícia Baptista e Daniel Capecchi (2016) propõem uma outra visão: “Se o Direito Administrativo fica, o Direito Constitucional não passa.” Enquanto a Constituição é a legitimadora do Estado democrático de Direito, com função limitadora das relações e consagradora de direitos fundamentais, o direito administrativo atua de forma mais próxima à sociedade, sendo a forma pela qual o Direito Constitucional é concretizado. Assim, um direito administrativo com uma função burocrática que não tenha aderência aos princípios constitucionais, conseqüentemente não terá o grau de aceitação necessário para a estabilidade do sistema.

No Brasil, especificamente, a constitucionalização do direito administrativo aparece já na Constituição de 1934 onde se encontram normas sobre servidor público, responsabilidade civil do Estado, entre outras. Mas a Constituição de 1988 foi a que mais acentuou isso, dedicando um capítulo específico para a administração pública. Isso produziu reflexos intensos sobre o princípio da legalidade (que foi consideravelmente ampliado) e da discricionariedade que restou reduzido.

Nessa toada, foi a constitucionalização de valores e princípios que passou a orientar a atuação dos três poderes do Estado.

Sabe-se que a corrente doutrinária clássica do direito administrativo, que tem como grande nome Maria Sylvia Zanella Di Pietro, preza por três pilares do direito administrativo, quais sejam: legalidade estrita; supremacia do interesse público (também chamado de princípio da finalidade pública) e indisponibilidade do interesse público.

Nas palavras de Di Pietro (2006):

(...)as normas de direito público, embora protejam reflexamente o interesse individual, tem o objetivo primordial de atender ao interesse público, ao bem-estar coletivo. Além disso, pode-se dizer que o direito público somente começou a se desenvolver quando, depois de superados o primado do Direito Civil (que durou muitos séculos) e o individualismo que tomou conta dos vários setores da ciência, inclusive a do Direito, substituiu-se a idéia do homem com fim único do direito (própria do individualismo) pelo princípio que hoje serve de fundamento para todo o direito público e que vincula a Administração em todas as suas decisões: o de que os interesses públicos tem supremacia sobre os individuais

De acordo com a legalidade estrita, pilar essencial da doutrina clássica, a administração pública só pode realizar o que a lei expressamente permite. Desse modo, não seria possível, por exemplo, a aplicação de uma medida alternativa à uma multa, se aquela não gozasse de previsão legal.

Em contrapartida, a doutrina contemporânea, capitaneada no Rio de Janeiro, entre outros autores, por Gustavo Binenbojm, sugere três pilares alternativos para o direito ad-

ministrativo: consensualidade; confiança legítima e juridicidade. Nessa toada, é levada em consideração a confiança que o particular tem nos atos da administração, protegendo-o de atos contraditórios, primando pela consensualidade entre administração e particular, e, por fim, devendo a administração respeitar não só a lei, mas também os princípios, de modo que não necessariamente só pode fazer o que aquela expressamente permitir, mas sim realizar atos desde que não afrontem os princípios ou as leis. Binensbojm critica ainda a divisão dos atos administrativos em atos discricionários e atos vinculados. Sugere o autor que se fale em graus de vinculação. Dessa forma, nenhum ato seria plenamente vinculado ou plenamente discricionário.

3. A ideia do pragmatismo da administração pública brasileira

Para a melhor compreensão do tema, importante ter atenção ao pragmatismo do controlador contemporâneo. Nesse sentido, ressalte-se a noção de pragmatismo jurídico, que difere do pragmatismo filosófico. Três são os pilares fundamentais do pragmatismo: antifundamentalismo; contextualismo e consequencialismo.

O pragmatismo é uma corrente de pensamento que surgiu nos Estados Unidos em meados do século XIX com Charles Sander Peirce e William James. Ela procura aproximar a realidade e o direito. Para isso valoriza o contexto, as consequências e rejeita ideias pré-concebidas. É possível, portanto, realizar uma releitura do Direito administrativo à luz do pragmatismo jurídico.

O administrador contemporâneo está mais voltado às experiências do que ao formalismo. Nesse sentido, a atividade empírica permite analisar as consequências das práticas

administrativas, se distanciando dos modelos já adotados ao longo da história do direito administrativo. Assim se torna possível uma maior resposta às demandas sociais, que não encontrariam soluções apenas pela estrita legalidade.

Richard Posner (2010) apresenta as diferenças do pragmatismo jurídico em relação ao formalismo. Afirma o autor que, enquanto este olha para trás, aquele olha para frente. O formalismo tem como fundamento uma norma editada anteriormente, enquanto o pragmatismo dá valor à continuidade com promulgações e decisões passadas, mas porque essa continuidade é um valor social e não por um senso de dever para com o passado.

Já José Vicente Santos de Mendonça (2014), autor que em sua obra faz críticas ao pragmatismo jurídico cotidiano de Posner, diz que o pragmatismo entre os juízes “não ousa dizer o seu nome”, isto é, o judiciário seria pragmatista sem admitir. Travestir-se-ia em “aplicador da lei”, mascarando argumentos relativos a consequências dentro de argumentos formais e normativos. Assim, entra em pauta o ativismo judicial, a separação de poderes e outros temas relevantes. Por isso, afirma o autor, é tão importante o estudo do pragmatismo jurídico.

Cabe ressaltar que o pragmatismo gera diversas críticas e seu uso imoderado pode causar graves consequências. Uma delas é a inobservância de direitos fundamentais individuais em prol da coletividade. Essa é uma crítica feita por Jane Reis³¹ em seu artigo intitulado “As Garantias Constitucionais entre utilidade e substância: uma crítica ao uso de argumentos pragmatistas em desfavor dos direitos fundamentais. Direitos Fundamentais & Justiça”. Alguns autores

31. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. As Garantias Constitucionais entre utilidade e substância: uma crítica ao uso de argumentos pragmatistas em desfavor dos direitos fundamentais. *Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 35, p. 345-373, 2016. Disponível em:.

afirmam ainda que aderindo ao pragmatismo o juiz estaria agindo como legislador, criando o direito. Essa discussão será aprofundada no decorrer do presente trabalho, realizando as respectivas correlações com o assunto principal.

Mendonça (2014) traz o conceito de Nova Governança, afirmando que se trata de um processo baseado na experiência e, portanto, pragmatista.

É possível cogitar do paradoxo segundo o qual a super-regulação cause a sub-regulação. A busca pela extirpação do risco pode causar o esgotamento de recursos públicos. A regulação intensa pode redundar na rejeição intensa. Sendo assim, na média, é melhor optar por regulação mais abrangente — cobrindo mais riscos e mais atividades —, e menos intensa.

Das várias propostas que, hoje, são apresentadas na seara da regulação pública, uma das mais interessantes é a da Nova Governança. Trata-se de indicar objetivos regulatórios preliminares, de liberar as entidades reguladas para os perseguirem da forma como souberem melhor fazê-lo, e de monitorar, revisando, os resultados alcançados. Então, é hora de divulgar as melhores práticas adotadas para que as entidades reguladas, querendo, venham a adotá-las. Outra forma de se praticar a Nova Governança é negociando, junto à iniciativa privada, a adoção de mecanismos internos de controle de riscos e de aferição de qualidade.

A Nova Governança abre-se à experimentação e incorpora o know-how da sociedade. É regulação focada em resultados, não em processos. É pragmatista: incorpora a inovação como dado essencial.

Nesse sentido, o administrador contemporâneo, inspirado na Nova Governança, tende a se basear na experiência empírica. Observar situações que tiveram êxito, descobrir o porquê, para só então tomar determinada decisão.

4. Soft Law, administração pública e poder judiciário no Brasil

Analisada a evolução do direito na sociedade contemporânea, surge a dúvida: Por que utilizar a Soft Law e não a Hard Law? André de Albuquerque Cavalcanti Abbud (2014) dialoga a respeito dessa questão, elencando quatro motivos:

Primeiro, porque o processo de criação e modificação de leis e tratados é lento se comparado ao da soft law. Segundo, porque a hard law é pouco flexível e tem aplicação uniforme a todos os casos, enquanto a soft law é maleável e aplicável apenas quando e como for útil no caso concreto. Terceiro, porque o mecanismo sancionatório da hard law pode ser indesejável na arbitragem: os profissionais querem evitar a criação de regras cujo cumprimento possa ser controlado por órgãos judiciais. Quarto, porque a soft law é normalmente técnica, resultado do trabalho de profissionais experientes e especializados em arbitragem, enquanto leis e tratados costumam receber o influxo de profissionais menos versados na matéria (legisladores e diplomatas), atentos a interesses estatais ou partidários e movidos por objetivos políticos.

Assim, uma não exclui a outra. A Soft Law pode ser vista como um instrumento normativo progressivo ou ser utilizada em determinadas circunstâncias em que se mostre mais adequada.

O papel da *Soft Law* é mais claramente observado na atuação de agências reguladoras e na elaboração de políticas públicas. Quanto à primeira, a depender da corrente administrativista que se segue – clássica ou contemporânea –, terá diferentes respostas sobre a possibilidade de firmar acordos de substituições de sanções não previstos em lei. Imagine-se uma empresa que causou severos danos ambientais. Pela segunda corrente seria possível a conversão de uma multa em um trabalho para recuperar o dano causado, já que o objetivo principal não é propriamente punir, mas sim preservar o meio ambiente. Para tanto, a agência reguladora deve respeitar os *standards* de sua criação.

No tocante às políticas públicas, a *Soft Law* se mostra presente na execução negociada daquela, em contrapartida à execução forçada.

A carta Constitucional prevê diversos direitos básicos que não se tratam de normas programáticas, tendo eficácia imediata. Como exemplo tem-se os direitos sociais do cidadão:

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

É notório que nem toda a população goza dos direitos previstos na Constituição. Nesse sentido entram em pauta conceitos como Reserva do possível, núcleo essencial e máxima efetividade. Nesse sentido cite-se o artigo 196 da CRFB/88:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

O problema na saúde pública brasileira não é novidade e muito menos fácil de solucionar. Percebe-se o aumento da judicialização de demandas com objetivo de garantir tratamento às mais diversas enfermidades. Quando os outros poderes não funcionam ou funcionam mal, a sociedade como um todo acaba por recorrer ao judiciário para ver seus direitos concretizados. No entanto, medidas coercitivas não têm sido suficientes para garantir a aplicação dos direitos elencados na Constituição Federal.

Outro exemplo simples é o do salário mínimo, que a Carta Magna afirma expressamente que deve ser suficiente para garantir à pessoa e à sua família condições vitais básicas de sobrevivência como vestuário, moradia, educação, lazer, entre outros. Tal fato, porém, não ocorre na realidade, visto que uma pessoa que recebe o valor de um salário mínimo muitas vezes não consegue nem pagar seu aluguel.

Não seria razoável que o Judiciário por meio de uma sentença simplesmente obrigasse de uma hora para outra o aumento do Salário Mínimo aos outros poderes. Isso traria graves consequências a economia do país.

Uma alternativa nesse caso, baseada na cooperação, seriam acordos processuais, baseados em um diálogo entre os poderes constitucionais, Eduardo José da Fonseca Costa (2016) propõe como alternativa a celebração de cronogramas negociados de cumprimento voluntário:

Trata-se de acordos processuais firmados entre as partes, nos quais se regulam (1) as etapas para a implantação, (2) o tempo necessário à implantação dessas etapas e (3) a forma de supervisá-las. Todavia, o êxito das tratativas pressupõe que as rodadas de negociação sejam presididas por juízes com vocação

para a mediação profissional, o pensamento interdisciplinar e o diálogo multilateral.

Ao falar sobre o tema, Aldo de Campos Costa (2015) explica que a Soft Law pode tratar de direitos humanos a nível internacional e destaca como exemplos os Princípios de Limburgo, os Princípios de Bangalore de Conduta Judicial e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

Assim, a Soft Law se torna importante a medida em que visa um desenvolvimento normativo progressivo de consolidação dos direitos.

Conclusão

Após as diversas pesquisas realizadas para produção do presente trabalho restou evidente que a doutrina brasileira ainda não discute suficientemente o tema, sendo necessário o amparo do direito internacional para correlacionar a Soft Law e a administração pública. Este é, portanto, o principal obstáculo. Há bons argumentos que sugerem ser a Soft Law um instrumento possível de resolução de problemas internos dos Estados, mas o fato é que, no caso de sua maior implementação, isso deve ser feito com seriedade para que se cumpram os reais objetivos previstos na Constituição Federal.

Direitos fundamentais que estão presentes na Carta Magna são normas de eficácia plena e ilimitada, mas muitas vezes são tratados como normas meramente programáticas. Nesse sentido, a Constituição Federal e o direito em geral acaba ganhando descrédito por parte da sociedade.

Nesse sentido propõe-se um diálogo entre os poderes constitucionais que vise a elaboração de acordos, metas e prazos judiciais e extrajudiciais, baseados na cooperação e no incentivo, à luz da Soft Law.

Desse modo, pretende-se alcançar uma maior consolidação de políticas públicas e de efetivação de direitos por de um desenvolvimento normativo progressivo. O próprio Código de Processo Civil de 2015 já normatiza a grande importância dos acordos e formas de composição consensual que tendem a permear o direito brasileiro.

A aplicação de sanções administrativas alternativas também visa a maior consolidação de preceitos da Carta Magna, bem como a diminuição da burocracia dentro da administração pública e maior celeridade para os processos e procedimentos alternativos.

Propõe-se no presente trabalho uma maior análise teórica e pragmática do instituto, que vise observar as formas de aplicação pelas quais pode se tornar um instrumento de auxílio ao direito público brasileiro.

Portanto, conclui-se que a *Soft Law* é um fenômeno em expansão que tende a ganhar espaço no direito interno dos Estados, tanto os de origem *commom law*, quanto de origem *civil law*, a medida em que forem buscando uma maior eficácia administrativa e concretização de seus fundamentos.

Referências bibliográficas

ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Soft Law*. Disponível em: < <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/soft-law/13960>> Acesso em: 19.dez.2017

BAPTISTA, Patrícia; CAPECCHI, Daniel. Se o Direito Administrativo fica, o Direito Constitucional não passa: perspectivas do direito público contemporâneo sobre uma velha questão. *Revista de Direito da Cidade*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 4, p. 1938-1960, 2016.

Disponível em: <<http://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/25461/19165>> Acesso em: 12.dez.2017

BINENBOJM, Gustavo. Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14. ago. 2017.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. Os grandes traços do direito administrativo no século XXI. Revista de Direito Administrativo & Constitucional A&C, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 45-66, jan./mar. 2016. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/viewFile/42/517>>. Acesso em 20. Nov.2017.

COSTA, Aldo de Campos. Normas de sobredireito para resolver conflitos de direitos humanos. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jan-22/toda-prova-normas-sobredireito-resolver-conflitos-direitos-humanos>. Acesso em: 19.dez.2017

COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução negociada” de políticas públicas em juízo. Disponível em: <<http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/Execucao-negociada-de-politicas-publicas.pdf>>. Acesso em: 29. ago. 2017.

- FERNANDES, A. et al. *Novas dimensões do direito: uma perspectiva Soft Law*. 1 ed. [S.L.]: Chiado editora, 2016.
- GOMES, Juliana Cesário Alvim. *Por um Constitucionalismo Difuso: cidadãos, movimentos sociais e o significado da Constituição*. Salvador: Juspodium, 2016.
- GRIMM, Dieter. *Constituição e Política*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006,
- MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito Constitucional Econômico: a intervenção do estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- MONCADA, Luis S. Cabral de. *A Relação Jurídica Administrativa – para um novo paradigma de compreensão da atividade, da organização e do contencioso administrativos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- OLIVEIRA. Rafael Carvalho Rezende. *BIBLIOTECA DIGITAL. A releitura do direito administrativo à luz do pragmatismo jurídico*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8496>>. Acesso em: 03. ago. 2017.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 19ª edição. Editora Atlas. São Paulo, 2006
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *As Garantias Constitucionais entre utilidade e substância: uma crítica ao uso de argumentos pragmatistas em desfavor dos direitos fundamentais*. *Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 35, p. 345-373, 2016. Disponível em: https://www.academia.edu/32450177/As_garantias_constitucio-

nais_entre_utilidade_e_subst%C3%A2ncia_uma_
cr%C3%ADtica_ao_uso_de_argumentos_pragmatis-
tas_em_desfavor_dos_direitos_fundamentais Acesso
em: 12.dez.2017

POSNER, Richard. Direito, pragmatismo e democracia.
Rio de Janeiro: Forense, 2010.

Mudanças na lei de introdução às normas do direito brasileiro – lindb: avanço ou retrocesso?

Tânia Mara Lourenço Vesentini

Introdução

De suma importância para o ordenamento jurídico, posto ser um “verdadeiro guia de aplicação e de hermenêutica do Direito para seus operadores” (MACHADO et al, 2018), o Decreto-lei nº 4.657 de 04 de Setembro de 1942, sancionado pelo então Presidente Getúlio Vargas e adicionado ao Código Civil Brasileiro, a princípio sob a denominação de Lei de Introdução do Código Civil – LICC e, com a Lei nº 12.376 de 30 de Dezembro de 2010, nomeado de Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB.

Apesar da “impropriedade técnica de se falar em *introdução às normas*”³² (NOHARA, 2016), referida alteração termi-

32. A professora Irene explica a impropriedade: “não se confundem os tex-

nológica – sob a justificativa de aperfeiçoamento da legislação pátria, uma vez que referido Decreto-lei de forma reconhecida pela doutrina e jurisprudência lograva maior amplitude no âmbito de sua aplicação do que o mencionado em sua ementa –, dissipou algumas dúvidas existentes, deixando claro ser norma de apoio ou sobredireito, pois se refere como já dizia Haroldo Valladão na década de 60 “à aplicação de todas as leis e não apenas a uma lei, à que promulga o Código Civil” (VALLADÃO, 1965, p. 131).

Manifestamente, mais apropriada tecnicamente, seria a utilização da denominação dada pelo saudoso jurista ao anteprojeto oficial de reforma da Lei de Introdução do Código Civil que apresentou ao Ministro da Justiça em 30 de Janeiro de 1964, de “Lei Geral de Aplicação de Normas Jurídicas” (VALLADÃO, 1984, p. 03)³³.

Bem, certo é que referido Decreto-lei, conhecido na doutrina como *lex legum* (lei das leis), regulamenta em seus 19 primeiros artigos: a vigência e eficácia das normas jurídicas, o conflito de leis no tempo e no espaço, os critérios hermenêuticos e de integração do ordenamento jurídico e as

tos normativos, dos quais se extraem a norma jurídica, com a norma. A norma individual representa produto desta aplicação/interpretação jurídica feita a partir do texto normativo. Não se confundem, portanto, norma e texto normativo, sendo que este último comporta diversas interpretações. Na hermenêutica, a autoridade interpreta os textos normativos e deles extrai a norma jurídica. Logo, a expressão lei de introdução às normas não deixa de soar estranha aos versados na hermenêutica jurídica, muito embora também seja bastante divulgado sob o ponto de vista da linguagem mais corrente o sentido de norma utilizado de forma mais genérica” (NOHARA, 2016).

33. No mesmo sentido Freitas (1860); Azevedo Marques, Andrade Figueira (1901); Sylvio Romero (1902); Rui Barbosa; Clóvis Beviláqua; Paulo de Lacerda; Matos Peixoto; Orozimbo Nonato; Philadelpho Azevedo dentre outros e, mais recentemente José Frederico Marques (VALLADÃO, 1965, p.p.125-130).

normas de direito internacional privado, de forma a estabelecer as diretrizes de aplicação das normas jurídicas brasileiras para todos os ramos do direito³⁴.

Quanto ao exposto nenhuma novidade.

Há menos de um mês, no entanto, entrou em vigor a Lei nº 13.655 de 26 de Abril de 2018 que incluiu, no referido Decreto-lei, os artigos 20 a 30³⁵ dispondo sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público.

Referida lei de extrema importância não somente para os aplicadores de direito como para toda a sociedade, desde seu projeto, recebeu aplausos de segmentos da sociedade, e inúmeras críticas daqueles que atuam diretamente na administração pública, tribunais de contas e judiciário.

A despeito de um ponto convergente apontar para a necessidade de preservação da segurança jurídica e eficiência nas atividades do poder público, de um lado, juristas renomados participantes na elaboração do projeto de lei, justificam a imperiosidade de se modernizar a LINDB, com inclusão de elementos a regular as bases de criação e aplicação do direito público, trazer maior equilíbrio na atuação estatal, mais segurança para os gestores no exercício de suas funções, sem comprometimento do controle público (SUNDFELD, 2018).

De outro, operadores do direito diretamente implicados em sua atuação com tal mudança, entendem que em alguns pontos há até mesmo um retrocesso e, elencam possíveis inseguranças jurídicas na sua implementação, solicitam veto total do projeto de lei e sugerem ajustes (ANAMATRA, 2018).

34. Por determinação constitucional prevista em seu artigo 59, cabe aos agentes políticos e legisladores, também, a observância de outra norma de sobredireito, a Lei Complementar nº 95, de 26 de Fevereiro de 1998, no caso de elaboração, redação, alteração e consolidação da leis.

35. Nos limites deste artigo, não será possível a análise de todos os textos jurídicos contidos nos artigos acrescidos à LINDB.

Para o presidente da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho, Guilherme Feliciano, “ao contrário de trazer segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público, o projeto, que careceu de aprimoramento no Parlamento, poderá servir como claro reduto para a impunidade”, atingindo a própria esfera de cidadania dos administrados (ANAMATRA, 2018a).

O presidente da Associação Nacional dos Procuradores da República, José Robalinho, por sua vez, destaca a enorme mudança na forma de controle da administração pública. Ele aponta que “há problemas jurídicos sérios [que] não foram levantados no Congresso porque o PL passou nas comissões com caráter terminativo sem maiores debates”. Concluindo diz: “pode ser importante uma proposta como esta. Mas este PL vai provocar mais danos” (PÁDUA, 2018).

Realmente, é no mínimo implausível que apesar da abertura do estado democrático de direito à participação social, conforme estabelecido na Constituição Federal de 1988, a presente lei não decorreu de construção democrática e participativa da sociedade civil e membros das entidades públicas diretamente envolvidas no assunto – o que certamente possibilitaria erradicar várias impropriedades detectadas na lei, que estão gerando impactos negativos e inúmeros desafios em sua aplicação.

Entretanto, a lei está em vigência e deve ser aplicada (exceção ao art. 29). Para ser aplicada, deve ser interpretada por meio de reflexões essenciais e sérias, que visem a evitar que as decisões administrativas, das cortes de contas e do judiciário sejam prolatadas de forma inconsequente, arbitrárias e em desconformidade com os ditames constitucionais e infraconstitucionais, objetivo precípua da nova lei.

No influxo destas e outras questões, da necessidade de se instigar estudos, de fomentar o debate sobre os novos desafios e responsabilidades dos operadores do direito no âmbito da

administração pública, das controladorias externa (Ministério Público e Tribunais de Contas) e interna (CF, art. 74, II), e do judiciário, isto é o que se espera com o presente artigo.

1. Processo legislativo da lei nacional nº 13.655/2018

Em primeiro lugar, no entanto, de suma importância situarmos o cenário em que se desenrolou seu processo legislativo.

Em 09 de Junho de 2015 o Senador Antonio Anastasia apresentou o Projeto de Lei do Senado - PLS nº 349 para submissão da Casa, o qual visava a inclusão na LINDB dos arts. 20 a 30, dispondo sobre normas de ordem pública.

Respaldando seu Projeto de Lei - PL nos estudos e reflexões efetuados pelos professores Carlos Ari Sundfeld, Floriano de Azevedo Marques Neto e outros renomados juristas, Anastasia justificou a necessidade de regulação do funcionamento e atuação dos diversos órgãos estatais, especificamente quanto às novas balizas interpretativas, processuais e de controle necessárias a elevar a segurança jurídica e eficiência na criação, interpretação e aplicação de normas de direito público³⁶.

Para tanto, citando o trabalho dos professores autores do PL, Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto, apontou alguns fatores de distorção da atividade jurídica decisória pública que merecem atenção e regulamentação visando a coibi-los: “alto grau de indeterminação de grande parte das normas públicas; relativa incerteza, inerente ao Direito, quanto ao verdadeiro conteúdo de cada norma; tendência à superficialidade na formação do juízo sobre complexas questões jurídico-públicas; dificuldade de o Poder

36. Vide Estudos sobre o Projeto de Lei 349/2015 *In* SENADO FEDERAL (2015).

Público obter cumprimento voluntário e rápido de obrigação por terceiros, contribuindo para a inefetividade das políticas públicas; instabilidade dos atos jurídicos públicos, pelo risco potencial de invalidação posterior, nas várias instâncias de controle, efeitos negativos indiretos da exigência de que as decisões e controles venham de processos (que demoram, custam e podem postergar cumprimento de obrigações); modo autoritário como, na quase totalidade dos casos, são concebidas e editadas normas pela Administração Pública” SUNDFELD e MARQUES NETO (2013, p. 278).

Apreciado pela Câmara dos Deputados sob o nº PL 7448/2017, referido Projeto de Lei foi transformado na Lei ordinária nº 13.655 de 25 de Abril de 2018 que, sancionada com vetos pelo Presidente Michel Temer, entrou em vigor na data de sua publicação no dia 26 de Abril de 2018 (exceção art. 29 – *vacatio legis* de cento e oitenta dias).

No entanto, apesar da grandiosidade do projeto – que irá impactar não somente a atuação da administração pública, dos órgãos de controle e do judiciário, mas também toda a vida da sociedade brasileira, na medida em que incorpora normas de direito público que irão regular as atividades e funções entre Estado e toda a sociedade, agregando-se inclusive aos direitos administrativo, penal, financeiro, tributário e constitucional –, o processo legislativo foi deficiente ao não se contemplar uma discussão verdadeira com a sociedade como um todo.

Do ponto de vista do devido processo legislativo substantivo, nas palavras do procurador do MP/TCU, Júlio Marcelo de Oliveira, não contemplou um “debate leal, franco, possível, desarmado”, como devem ser os processos legislativos³⁷.

37. Debate promovido pelo TCU para discutir as consequências do projeto, publicado em 28 de abril de 2018 no youtube. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=2HzPCn8Kn1k>, acesso em 15-05-18.

Conforme Nota Técnica Conjunta nº 01/2018, do Ministério Público Federal, Procuradoria Geral da República, Câmaras de Coordenação e Revisão e Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, da

única audiência pública realizada durante a tramitação do PL no Senado, participaram exclusivamente o ex-Consultor-Geral da União e Procurador da Fazenda Nacional, o consultor da Confederação Nacional dos Municípios e o assessor da Secretaria Executiva do Ministério da Fazenda.

Foram alijados desse importante e necessário debate representantes de Tribunais de Contas, Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Poder Judiciário, Ministério Público, associações e representações de classes, além da sociedade civil, que poderiam fazer relevantes contrapontos ao que a CCJ qualificou no parecer aprovado como “abusos de órgãos controladores.

Ao limitar a participação a somente três consultores do Poder Executivo, o Senado Federal apequenou a finalidade da audiência pública, para colher as impressões de segmento francamente favorável à aprovação do Projeto de Lei (MPF et al, 2018).

No mesmo sentido o Ofício ANAMATRA nº 219/2018, da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, Associação dos Juízes Federais do Brasil, Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho, Associação Nacional dos Procuradores da República, Associação Nacional dos

Membros do Ministério Público e, Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho:

A despeito desse contexto geral que deu suporte à proposta de alteração legislativa e aos pareceres favoráveis nas comissões, inclusive em caráter terminativo, as análises dos diversos dispositivos apontam inexoravelmente para um sentido inverso ao proposto, que poderiam ter sido aperfeiçoados acaso o debate público no âmbito do Parlamento, e especialmente da Câmara dos Deputados, conseguisse envolver, de forma plural, os potencialmente atingidos (ANAMATRA et al, 2018).

Outro ponto que merece destaque, é a opinião do Juiz CARNACCHIONI (2018):

O projeto, convertido em lei, tramitou à sombra e distante do interesse da grande mídia. A lei foi sancionada. Resta juntar os cacos. Não houve debate qualificado com a sociedade civil e instituições democráticas que dependem do direito público para cumprirem a suas funções institucionais.

2. Desafios impostos pela nova legislação: dificuldades em sua aplicação

Certamente a observância de um processo legislativo democrático e participativo, poderia ter extirpado a previsão efetuada pela professora Irene Nohara, já em 2016, de que a lei tal como se encontra poderia suscitar debates de diversas naturezas.

Primeiro, por não serem as medidas apresentadas “aptas a alterar a situação de insegurança diagnosticada”, em segundo

por serem algumas “repetição daquilo que já existe e outras, incapazes de gerar coerência sistêmica” (NOHARA, 2016).

Outros pontos alertados pela professora, como a utilização apenas de um “realismo consequencialista, abandonando a dimensão axiológica da interpretação [com inversão de valoração] onde o Direito poderá ser flexibilizado ao se deparar com os obstáculos práticos de realização [correndo-se o] risco de passarmos da discussão abstrata do conteúdo dos princípios [banida pela Lei] para uma discussão que não deixa de ser especulativa também (ou seja, não perde o caráter abstrato) acerca da consequencialidade na aplicação do direito”, igualmente deveriam ter sido apreciados antes da publicação da lei.

Aliás, conforme muito bem lembrado por NOHARA (2016) “uma alegação dos elaboradores do projeto foi no sentido da necessidade de se estreitar o contato dos órgãos fiscalizadores com os órgãos fiscalizados”, mas, isto já se verifica há longa data nos Tribunais de Contas.

Fato é que a lei publicada sem modificação do projeto original, impõe desafios e apresenta dificuldades a serem enfrentados quando de sua aplicação.

O primeiro desafio advém de elemento básico de vigência legal, da ausência de *vacatio legis*. Definida como “expressão latina que significa vacância da lei, correspondendo ao período entre a data da publicação de uma lei e o início de sua vigência”, vem expressa em artigo no final da lei da seguinte forma: «esta lei entra em vigor após decorridos (o número de) dias de sua publicação oficial»³⁸.

Nas palavras de DOWER “*trata-se de um período de adaptação da nova lei o qual geralmente é graduado conforme a complexidade de cada Lei*» (1976, p. 17).

38. Definição prevista no site do Senado Federal – <https://www12.senado.leg.br/noticias/glossario-legislativo/vacatio-legis>.

Conforme art. 2º a Lei nº 13.655/18 entrou em vigor na data de sua publicação, a saber 26 de Abril de 2018 (exceção ao art. 29, como visto acima).

Ora, a ausência de *vacatio legis* no caso de leis de extrema importância, que estabelecem um sistema totalmente novo, com aspectos diretos e muito problemáticos como o presente caso, impossibilita não somente a mais ampla divulgação, como também e, principalmente, a necessária adaptação da lei em questões tão usuais nos âmbitos administrativo, da controladoria interna e externa e do judiciário, órgãos estes que além de impactados pela lei, são os responsáveis por operacionalizar a lei.

Quanto aos órgãos impactados pela Lei, *ex vi* “esferas administrativa, controladora e judicial” (art. 20) e “decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial” (art. 21) o segundo desafio, que poderá desencadear sérios problemas na sua implementação, é o fato do legislador destinar os novos critérios sobre segurança e eficiência na criação e aplicação do direito público, sem mensurar ou até mesmo se preocupar que tais órgãos possuem objetivos, modos e forma de atuação distintos. Para OLIVEIRA “vai funcionar para algumas situações mas será extremamente danoso para outras” (TCU, Debate, 2018).

Com relação ao art. 21, a Sra. Relatora na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) do Senado Federal, esclareceu tratar-se de “norma direcionada principalmente aos órgãos de controle, que, por vezes, fazem exigências deslocadas da realidade dos gestores” (MPF et al, 2018, p. 03). Entretanto, não é isto que se verifica descrito na lei.

É, neste sentido, que aplicadores do direito pontuaram a necessidade de detalhamento do texto, com distinção de critérios em função dos órgãos envolvidos, como

conter também conceitos jurídicos determinados, de fácil interpretação, ser dinâmico e adentrar igualmente na sua implicação nos diversos pontos do Estado brasileiro, com realidades pontuais tão divergentes. Parece que isto deverá ser feito pelo intérprete da lei e operador do direito.

Outro desafio é a escolha interpretativa mais apropriada ao caso, de forma mais objetiva possível, dada a enorme gama de termos abertos, possíveis ensejadores de subjetivismos.

Elucidativo o conteúdo previsto na Nota Técnica nº 01/2018 (MPF et al, 2018):

chama a atenção, num primeiro momento, que para enfrentar o que rotula de incerteza e imprevisibilidade decorrentes do aumento de regras sobre processos e controle da administração, o Projeto de Lei tenha, precisamente, se socorrido de termos abertos, passíveis de ampla margem para interpretações e subjetivismos.

O Procurador da República em Campinas, o Dr. Edilson Vitorelli destacou em sua manifestação junto ao “Diálogo Público” promovido pelo TCU (2018), que há 39 conceitos jurídicos indeterminados, dos quais destacou: “valores jurídicos abstratos; consequências práticas; adequação da medida; possíveis alternativas, proporcional e equânime; interesses gerais (3x); peculiaridade do caso (2x); natureza e gravidade da infração; quando indispensável; proporcional, equânime e eficiente; orientações gerais (2x); atos públicos de caráter geral; jurisprudência judicial e administrativa majoritária; doutrina; exercício regular; e o meu favorito que deixei por último, interpretação razoável”.

A polêmica aumenta com a interpretação contida no parecer da CCJ, que muda paradigmas, onde “valores ju-

rídicos abstratos podem ser entendidos como princípios” (MPF et al, 2018, p. 03).

Aqui importante lembrar que os princípios são pilares de sustentação do sistema normativo. A mudança de paradigma instituído pela própria Constituição Federal é, no mínimo, ousado.

Para Celso Bandeira “violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer” (MELLO, 2000, p. 748).

Para o STF “não configuram meras recomendações de caráter moral ou ético, consubstanciam regras jurídicas de caráter prescritivo, hierarquicamente superiores às demais e positivamente vinculantes, sendo sempre dotados de eficácia, cuja materialização, se necessário, pode ser cobrada por via judicial” (STF, 2008).

De modo que a nova legislação e a interpretação dada pela CCJ de que “valores jurídicos abstratos podem ser entendidos como princípios”, dão margem a se entender que a prolação de decisões com fundamento em princípios recusa “densidade normativa dessa fonte de direito. [Ora,] como preceitua Celso Antônio Bandeira de Mello, “princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico” (ANAMATRA, 2018).

No entanto, tendo em vista que o objetivo deste artigo não é apontar somente os pontos negativos ou destrinchar todas as novidades trazidas pela lei em comento, mas sim, suscitar reflexões necessárias à aplicação da lei, nos limites deste artigo, destacamos a seguir alguns elementos positivos, os quais juntamente com outros entendimentos, poderão ser úteis no estabelecimento de uma interpretação condizente com a realidade jurídica brasileira, com esta “nova realidade” (TOSTES, 2018).

4. Pontos positivos

Além de contextos positivos como a eficiência, a motivação dos atos, a transparência, enorme contribuição quanto a pontos positivos da lei, por outro lado, os ensinamentos do professor Fernando MENEGAT (2018), segundo o qual se denota no parágrafo único do art. 21 da lei, “preocupação com a forma da atuação dos órgãos de controle na anulação de atos, contratos e normas administrativas, que por vezes é feita de modo desatenção em relação às consequências nefastas que uma desconstituição repentina provoca, extra processualmente, a determinadas situações jurídicas consolidadas ou em fase de consolidação”.

O autor lembra que, visando a efetividade da sentença em casos complexos, que rodeiam principalmente os litígios envolvendo a administração pública, referida técnica está sendo adotada pela doutrina processualista, que no lugar do “princípio da demanda” têm adotado o denominado “*Processo Estrutural, Medidas Estruturantes* e outras nomenclaturas similares: uma nova formatação para a tutela executiva da sentença condenatória e/ou mandamental na qual o juiz, ao invés de unilateralmente impor obrigações de cumprimento imediato, nos rígidos prazos fixados pela norma processual, planeja e dimensiona no tempo, com a cooperação das partes, um cronograma ótimo para a implementação das obrigações impostas pela sentença, atento aos impactos e repercussões extraprocessuais da ordem judicial”.

Para o professor referido parágrafo único ao art. 21 “oficializa, no Brasil, o Processo Estrutural como técnica processual idônea para a implementação e efetivação de decisões, judiciais ou extrajudiciais, exaradas em face da Fazenda Pública nos processos de controle [que em nada destoa do já estatuído no art. 5º da LINDB, segundo o qual] na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências

do bem comum”. A mesma lógica se extrai do novo CPC, ao afirmar no art. 8º que “ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência” (MENEGAT, 2018).

Teresa Arruda, por sua vez, entende como de extrema relevância o estabelecido nos artigos 23 e 24, que apesar de utilizar “expressões ambíguas e não usuais, ao menos na linguagem dos processualistas”, possibilitam a aplicação de duas relevantes dimensões do instituto da modulação: não rescisão de decisão fundada em orientação jurisprudencial superada, quando esta era a predominante à época da prática do ato ou conduta *sub judice*; e *avaliação dos atos e condutas em conformidade com as normas jurídicas existentes à época em que praticados*.

Conforme conclui a autora, é a “modulação” dos meios da mudança interpretativa de decisões judiciais e administrativas o “instrumento” capaz de prestigiar o princípio da confiança e da segurança jurídica, “de forma extremamente satisfatória”.

Outro avanço é a confiança desferida ao “gestor público honesto para inovar, corrigindo histórica injustiça de colocar sob a mesma régua de responsabilização agentes públicos honestos e desonestos. Essa medida é fundamental para que também os gestores façam planos na gestão pública: planos de implementação de políticas públicas, planos de contratações públicas, planos de produção normativa, planos de análise de impacto etc. Em outros termos, trazendo medidas de tutela e de incentivo da honestidade na máquina pública, o agente público honesto pode manejar a discricionariedade com maior conforto decisório. Assim, a máquina pública funciona de modo mais eficiente, com criatividade e sempre atraindo bons quadros” (PALMA, 2018, p. 23).

Merecedor de destaque neste item, sem prejuízo de outros igualmente importantes, a previsão de consulta popular para os atos normativos, e a relevante e necessária atuação dos procuradores (oitiva do órgão jurídico) a dar guarida à democratização da atuação administrativa, com a tão almejada governança participativa (FREITAS, 2018).

Conclusão

Pois bem, primazia da Lei 13.655 as ideias advindas dos art. 20 a 30 da LINDB, como o exame na atuação decisória administrativa, da controladoria e judicial, das opções, alternativas e impactos, calculando-se no processo de fundamentação as consequências práticas de referida decisão, dentre outros, suscitam estudos sistemáticos do intérprete, criador no processo hermenêutico, do operador do direito, na aplicação da lei.

Assim, se certo é que o ato de ler implica em encontrar os pontos críticos, os eixos fundamentais, os quais auxiliam na compreensão do texto, igualmente correta a afirmativa de que ler uma lei não é somente “questão de prestar excessiva atenção ao conceito ou definição que os legisladores podem incorporar ao artigo. Com efeito, se o resto do articulado precisa ao regime legal de determinada maneira, não a fará mais extensa um amplo conceito inicial” (GORDILLO, 2014, p. 92).

Além disso, quanto à análise dos casos concretos, igualmente correto afirmar que a abordagem não somente do direito, como também dos fatos de cada caso, com juízo axiomático dedutivo, com os princípios do direito, garantindo-se a proporcionalidade, razoabilidade, “sustentação fática suficiente”, “discrecionariedade zero ou única solução justa”, equidade, imparcialidade, por meio de atuação “com diligência, prudência, cuidado, eficiência, etc., em um labor

normal de uma pessoa em respeito a outras” (GORDILHO, 2014), é dever daquele que pratica atos decisórios³⁹.

STRECK com muita propriedade nos lembra há longa data, da necessidade de se evitar, “decisionismos”, “arbitrariedades” e “discrecioniedades interpretativas” e, que “mais do que fundamentar uma decisão, é necessário justificar (exemplificar) o que foi fundamentado. Fundamentar a fundamentação (justificação) da decisão, em face de caráter não procedural da hermenêutica e em face da mediação entre o geral e o particular (o todo e a parte e a parte e o todo) na tomada de decisões práticas (aqui reside à questão da moral, porque a Constituição *agasalha em seu texto princípios que traduzem deontologicamente a promessa de uma vida boa, uma sociedade solidária, o resgate das promessas da modernidade, etc.*), faz com que nela – na fundamentação do compreendido – o intérprete (juiz) não possa impor um conteúdo moral atemporal ou a histórico, porque o caso concreto representa a síntese do fenômeno-interpretativo” (2009, p. 405).

De modo que, sem embargo das impropriedades detectadas na lei, antes mesmo de sua sanção, que poderão gerar, inclusive, enormes discrepâncias interpretativas, a depender da orientação axiológica e interpretativa que cada órgão seguirá ao aplicar a legislação aos casos concretos, os novos critérios estabelecidos na lei, poderão gerar uma administração mais eficiente e racional, na medida em que os servidores públicos deverão estar atentos às implicações jurídicas e práticas que suas

39. No sentido a doutrina de SALEILLES, CARDOZO, POPPER, BINDER, LEVI, LORD DENNING, GOLDSCHMIDT, *apud* GORDILLO (p.p. 41-2). Ora, a ausência de fundamentação viola princípios constitucionais: o inerente à obrigatoriedade de fundamentação nas decisões judiciais - devido processo legal e devido processo administrativo; o da ampla defesa e contraditório, ao impossibilitar à parte utilizar-se de argumentos e fundamentos em eventual apresentação de recurso em face da decisão, o próprio princípio da motivação dos atos, dentre outros.

decisões trarão para o mundo jurídico, deixando o “imperialismo” que por diversas vezes se verifica na gestão pública.

Além disso, se conforme bem salientou a professora Irene Nohara, “as modificações sugeridas não são aptas a alterar a situação da insegurança diagnosticada, sendo algumas [...] repetição daquilo que já existe e outras, ainda, incapazes de gerar: coerência sistêmica [e eliminação da incerteza jurídica, decorrentes] da textura aberta da linguagem, somada à incontornabilidade dos parâmetros de decidibilidade, que são sopesados com resultados distintos em face de diferentes características dos casos concretos”, fato é que, o que se visa é a atuação estatal democrática, objetiva e fundamentada, que assegure não somente no plano imediato do jurisdicionado, mas de toda a coletividade a garantia dos fins coletivos almejados “no regime político democrático e no exercício legítimo do poder que nele se põe como único possível de ser aceito. Quando um cidadão tem a sua segurança jurídica, todos os outros certificam-se da sua. A efetividade jurídica garantidora do patrimônio de um cidadão é que assegura a eficácia social do Direito em toda a coletividade” (ROCHA, 1997, p.p. 23-24).

Se visa, em outras palavras, o já disposto em legislações pertinentes⁴⁰: a observância da motivação dos atos, e não atuação de forma arbitrária, ou sem nenhuma pertinência com a matéria do processo administrativo ou judicial (ALVIM, 2018), conforme comumente temos visto.

40. CF, art. 93. Lei nº - Lei nº 9.784/1999, Não se pode olvidar, também, que a necessária observância na atuação administrativa dos princípios constitucionais, com destaque à “motivação” e a “eficiência” tão almejadas na alteração da LINDB já estavam previstas no referido art. 37 da CF e na lei federal supracitada. O que igualmente foi seguido por Constituições Estaduais Lei Orgânica do Distrito Federal (art. 19); Constituição do Estado de São Paulo (art. 4º); Constituição do Estado de Minas Gerais (art. 13, §2º); Constituição do Estado do Rio Grande do Sul (art. 19), dentre outras.

Concordamos neste ponto com Fernando Facury SCAFF (2018), quando da análise do projeto de lei em comento

Em um país onde fossem respeitadas as leis e os atos administrativos, esse PL seria desnecessário. Mas o Direito é um produto cultural, e labora sobre a realidade existente, o que torna o PL não só relevante, mas também necessário. Mesmo o debate jurídico que se vê ao longo dos últimos dias sobre esse PL é visceral, quase como uma tomada de posição *teológica*, *entre os bons e os maus*. Não pode ser assim. Tal procedimento só aumentará o fluxo de cérebros e de capitais brasileiros rumo ao exterior – o que representa nosso futuro enquanto país.

É necessário retornarmos à normalidade jurídica, completamente nocauteada nos últimos tempos, mantendo o combate às irregularidades encontradas, na forma da lei, sem *messianismo*.

Ora, arbitrariedades no exercício do poder jurisdicional, administrativo e da controladoria, em detrimento dos direitos inerentes dos cidadãos formalmente protegidos pelo Estado Democrático de Direito, dão margem à insegurança relativa à legitimidade dos órgãos estatais, tal qual demonstram os elaboradores do projeto da lei em comento.

De modo que, prevalecendo os direitos enraizados na Constituição Federal de 1988, nada mais comum a afirmação de limites na atuação estatal. Assim o faz a Lei de Improbidade Administrativa, a Lei de Responsabilidade Fiscal, o Controle Externo e Interno dos atos administrativos e judiciais, e agora a Lei 13.655.

Que seja aplicada fincada na realidade jurídica brasileira, com equilíbrio e responsabilidade!

Referências bibliográficas

ALVIM, Teresa Arruda. Modulação e um olhar a partir da Lei 13.655. 2018. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-mai-02/teresa-arruda-alvim-modulacao-olhar-partir-lei-13655>, acesso em 12-05-18.

ANAMATRA. Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho. AJUFE, Associação dos Juizes Federais do Brasil. ANPT, Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho. ANPR, Associação Nacional dos Procuradores da República. CONAMP, Associação Nacional dos Membros do Ministério Público. SINAIT, Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho. Ofício ANAMATRA nº 219/2018. 2018. Disponível em https://www.jota.info/wp-content/uploads/2018/04/ofi%CC%81cio-anamatra-n219_sugesta%CC%83o-de-veto-ao-pl-7448_2017_pr.pdf, acesso em 07-05-18.

_____. Câmaras de Coordenação e Revisão. Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão. Associações pedem veto integral ao projeto de lei que altera a Lei de Introdução às Normas no Direito Brasileiro. 2018a. Disponível em <https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/26354-associacoes-pedem-veto-integral-ao-projeto-de-lei-que-altera-a-lei-de-introducao-as-normas-no-direito-brasileiro>, acesso em 09-05-18.

BRASIL. Decreto-lei nº 4.657 de 04 de Setembro de 1942. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm, acesso em 18-05-18.

BRASIL. Lei nº 12.376 de 30 de Dezembro de 2010. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/L12376.htm, acesso em 18-05-18.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm, acesso em 18-05-18.

BRASIL. Lei nº 13.655 de 26 de Abril de 2018. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm, acesso em 18-05-18

CARNACCHIONI, Daniel. A ausência do necessário veto de confiança ao direito público. 2018. Disponível em <http://www.tjdf.tj.br/institucional/imprensa/artigos/a-ausencia-do-necessario-veto-de-confianca-ao-direito-publico-juiz-daniel-carnacchioni>, acesso em 10-05-18.

DOWLER, Nelson Godoy Bassil. **Curso Moderno de Direito Civil**: Parte Geral. São Paulo: Nelpa, 1976. Vol. 1.

FREITAS, Vladimir Passos de. Inclusão de dez artigos na Lindb traz importante inovação no Direito brasileiro. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-abr-29/segunda-leitura-mudancas-lindb-inovam-direito-brasileiro>, acesso em 12-05-18.

GORDILLO, Agustin. Trad. Pedro Durão. Introdução ao direito: direito público e direito privado. Curitiba: Juruá, 2014.

MACHADO, Rogério Filomeno. MENDES FILHO, Marcelino Rodrigues. PISCITELLI, Rui Magalhães. Sejam bem-vindas, inclusões de disposições na lei de introdução às normas de direito brasileiro: a sociedade brasileira agradece. Disponível em <http://anafenacional.org.br/conjur-sejam-bem-vindas-mudancas-na-lindb-a-sociedade-brasileira-agradece/>, acesso em 20-04-18.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 12^a ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MENEGAT, Fernando. A novíssima Lei n. 13.655/2018 e o Processo Estrutural nos litígios complexos envolvendo a administração pública. 2018. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-menegat/a-novissima-lei-n-13655-2018-e-o-processo-estrutural-nos-litigios-complexos-envolvendo-a-administracao-publica>, acesso em 13-05-18.

MPF. Ministério Público Federal. Procuradoria Geral da República. Câmaras de Coordenação e Revisão. Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão. 2018. Encaminha Nota Técnica Conjunta nº 01/2018 Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/oficio-raquel-dodge-veto-pl-7448.pdf>, acesso em 10-05-18.

NOHARA, Irene. Proposta de alteração da LINDB (projeto 349/2015). Disponível em <http://direitoadm.com/tag/alteracao-da-lindb/>, acesso em 10-05-18.

PÁDUA, Luciano. Associações pedem veto de Temer a projeto que altera LINDB. Disponível em <https://www.jota.info/justica/associacoes-veto-temer-lindb-12042018>, acesso em 15-05-18.

PALMA, Juliana Bonacorsi. A proposta de lei de segurança jurídica na gestão e do controle públicos e as pesquisas acadêmicas. Disponível em <http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/04/PALMA-Juliana-A-proposta-de-lei-da-seguran%C3%A7a-jur%C3%ADdica.pdf>, acesso em 22-05-18.

ROCHA, Carmén Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo Administrativo no Direito brasileiro

- ro. Revista de Informação Legislativa. Brasília. Ano 34. Nº 136. Out./Dez. 1997.
- SCAFF, Fernando Facury. Quem controla o controlador? Considerações sobre as alterações na Lindb. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-abr-17/quem-controla-controlador-notas-alteracoes-lindb>, acesso em 12-05-18.
- SENADO FEDERAL. Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática. Estudos sobre o Projeto de lei 349/2015. Brasília: 2015.
- STF. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE-579951/RN. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 20-08-08, DJE 202, 24-10-08.
- STRECK, Lenio. Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3ª ed. Rev. Ampl. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- SUNDFELD, Carlos Ari. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Contratações Públicas e Seu Controle. São Paulo: Malheiros, 2013.
- TCU. Discussão do Projeto de Lei (PL) 7.448/2017. <http://portal.tcu.gov.br/eventos/dialogo-publico-discussao-do-projeto-de-lei-n-7448-2017.htm>, acesso em 10-05-18.
- TOSTES, José Souto. Nova lei n. 13.655 e as consequências para a gestão pública. 2018. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/66030/nova-lei-n-13-655-e-as-consequencias-para-a-gestao-publica>, acesso em 12-05-18.

VALLADÃO, Haroldo. Lei geral de aplicação das normas jurídicas. Rev. Faculdade de direito da Universidade de São Paulo. Volume 60. 1965.

_____. Justiça social e interpretação no direito brasileiro. Rev. Inf. Legisl. Brasília, ano 21, n. 82, abr./jun., 1984.

CIDADES, AMBIENTE E SUSTENTABILIDADE

Um breve ensaio sobre a extrafiscalidade do ICMS ecológico

Maisa Bernachi Baptista

Introdução

Historicamente é possível vislumbrar dois modelos de Estados: o liberal e o intervencionista. Enquanto o primeiro visa a não ingerência estatal, prevalecendo as liberdades individuais, o segundo preza pela intervenção na sociedade e na economia, visando a justiça social. Atualmente, notório os problemas de ambos, busca-se uma fusão desses dois tipos calcada, sobretudo, na eficiência. É neste aspecto que a tributação desempenha um papel crucial na intervenção indireta da economia.

No Brasil a tributação exerce caráter predominantemente fiscal, ou seja, possui a finalidade precípua de arrecadação de recursos para os cofres públicos. No entanto, a par da fiscalidade, o Estado tende cada vez mais a se pautar em um modelo extrafiscal, influenciando no cenário econômico.

Os impostos extrafiscais objetivam essencialmente alcançar a justiça social ou induzir a economia do país. Percebe-se assim que, a extrafiscalidade supera o viés puramente arrecadatário e se revela como uma política de incitação ao bem comum.

Os impostos brasileiros com caráter extrafiscal são, dentre outros o de produtos industrializados (IPI), importação (II), exportação (IE) e imposto sobre propriedade territorial rural (ITR), enquanto que o imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) é conhecido por ser prevalentemente fiscal. Todavia, destaca-se a chegada em 1991 do denominado ICMS ecológico, com a função de incentivar a implementação e a preservação de unidades de conservação.

Assim sendo, o ICMS ecológico trata-se de um imposto utilizado como um mecanismo de estímulo a preservação do meio ambiente aos municípios que possuem limitação quanto ao uso do solo em razão de unidades de conservação.

Tendo em vista, a possibilidade deste imposto influenciar no contexto socioambiental, o presente artigo analisará a extrafiscalidade do ICMS ecológico bem como a sua eficácia como ferramenta da política ambiental.

1. Extrafiscalidade na constituição federal de 1988

Tradicionalmente a função do tributo é considerada como um instrumento de arrecadação de recursos para o incremento do orçamento público. Contudo, atualmente a tributação desempenha um papel intervencionista, sendo possível afetar tanto a economia quanto políticas públicas. À esta nova função denomina-se extrafiscalidade. Neste sentido esclarece Machado (2009,p.130):

“O objetivo do tributo sempre foi o de carrear recursos financeiros para o Estado. No mundo moderno, todavia, o

tributo é largamente utilizado com o objetivo de interferir na economia privada, estimulando atividades, setores econômicos ou regiões, desestimulando o consumo de certos bens e produzindo finalmente os efeitos mais diversos na economia. A esta função moderna do tributo se denomina função extrafiscal.”

Dessa forma, depreende-se que as finanças públicas para o Estado moderno não se destinam apenas a propiciar a quitação das despesas da administração pública, mas constituem-se também, em um mecanismo de intervenção na vida social.

A extrafiscalidade pode ser extraída por meio de uma interpretação sistêmica do Texto Constitucional, isso porque seu conceito condiz com os objetivos que a Carta Maior designa para o Estado brasileiro. O artigo 170, por exemplo, estabelece que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, elegendo como um dos princípios a defesa do meio ambiente, neste ponto, antecipa-se o papel do ICMS ecológico, imposto extrafiscal na consolidação de uma política de incentivo a preservação ambiental, conforme será mais à frente detalhado.

No Título VI denominado Da tributação e do orçamento, é possível encontrar variados dispositivos que manifestam a extrafiscalidade. O primeiro a ser apontado refere-se ao princípio da progressividade que está associado de modo direto com a extrafiscalidade, uma vez que, é a progressividade que viabiliza ao Estado a aplicação do tributo como mecanismo de justiça social, isso porque a progressividade se apresenta pelo aumento do tributo provocado pela elevação da alíquota, desse modo quando o Estado quer desincentivar determinado comportamento, ele o faz por meio da progressividade. Nesse sentido importante faz mencionar os dizeres de Mizabel Derzi: “a doutrina e a jurisprudência têm reconhecido ao legislador tributário a faculdade de estimular ou desestimular comportamentos, por meio de uma tributa-

ção progressiva ou regressiva, ou da concessão de benefícios e incentivos fiscais”. É possível destacar três impostos com característica progressiva, o imposto de renda (art. 153, §2º, III), o imposto predial territorial urbano (art. 156, §1º, I) e o imposto territorial rural (art. 153, §4, I).

Menciona-se ainda, o princípio da capacidade contributiva inserto no art. 145, parágrafo primeiro, de acordo com o dispositivo constitucional “sempre que possível os impostos serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte.” Da redação percebe-se que a capacidade contributiva se coaduna com a redução da desigualdades sociais, um dos princípios da ordem econômica previsto no rol do art. 170. Todavia, ressalta-se que o princípio da capacidade contributiva não se relaciona diretamente com os impostos extrafiscais, contudo, é utilizado como forma de limitar os abusos na utilização desta modalidade de tributo.

Por fim, registra-se que a extrafiscalidade na Constituição Federal apresenta-se tanto sobre o aspecto econômico quanto sobre o aspecto social. Nesse sentido, analisaremos cada um deles.

1.1 Aspecto econômico dos impostos extrafiscais

Resta claro que a extrafiscalidade exerce o papel de estimular ou desestimular determinada cultura ou comportamento da sociedade por meio do aumento ou redução de determinado tributo. No cenário econômico a Constituição Federal prevê alguns impostos extrafiscais capazes de imiscuir-se diretamente no balanço comercial, entre eles destaca-se o imposto de importação – II, imposto de exportação – IE, imposto de produtos industrializados – IPI e o imposto sobre operações financeiros – IOF.

Esses quatro tributos representam uma mitigação ao princípio da legalidade, uma vez que podem ter suas alíquotas alteradas por decreto do chefe do poder executivo. A ideia é justamente tornar a sua modificação maleável conforme as circunstâncias econômicas.

A fim de exemplificar a influência de tais impostos na economia do país, cita-se o Decreto 7.567/2011, responsável por reduzir as alíquotas de veículos que continha no mínimo 65% de conteúdo nacional, e elevar as alíquotas do IPI em carros importados. Esta política tributária teve como objetivo fortalecer a indústria automobilística nacional.

De modo similar, as alíquotas do imposto de importação são majoradas comumente como forma de favorecer às indústrias nacionais, tendo em vista que os produtos estrangeiros encarecerão com o aumento da tributação. Hugo de Brito Machado leciona sobre a relevância de tal imposto: “Se não existisse o imposto de importação, a maioria dos produtos industrializados no Brasil não teria condições de competir no mercado com seus similares produzidos em países economicamente mais desenvolvidos, onde o custo industrial é reduzido graças ao processo de racionalização da produção e ao desenvolvimento tecnológico de um modo geral, além disto, vários países subsidiam as exportações de produtos industrializados, de sorte que os seus preços ficam consideravelmente reduzidos. Assim, o imposto de importação funciona como valioso instrumento de política econômica”. (MACHADO, 2009, p. 305)

Há de mencionar ainda política adotada pelo governo em diminuir as alíquotas do IOF com o fito de recuar o valor do dólar e, por conseguinte, reduzir a inflação.

É notório, pois, que o Estado, por meio da tributação, atua de forma indireta na economia do país, influenciando no comportamento do balanço comercial.

1.2 Aspecto social dos impostos extrafiscais

Conforme já mencionado, a extrafiscalidade não se manifesta apenas no campo econômico e comercial, atua também na indução de comportamento que afetam na conjuntura político-social.

Neste sentido, é possível mencionar a progressividade incidente sobre o IPTU diante de propriedade urbana que não esteja cumprindo sua adequada função social. O comando constitucional emanado do art. 182, §4 autoriza a elevação das alíquotas do referido imposto perante solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado.

Dessa forma, percebe-se que por meio da tributação há um estímulo a ocupação e desenvolvimento urbano, tendo em vista que o Poder Público municipal se utiliza da progressividade das alíquotas, para pressionar o contribuinte proprietário a usar o imóvel respeitando à justiça social.

De modo similar ocorre com o ITR, que de acordo com a Carta Maior “será progressivo e terá suas alíquotas fixadas de forma a desestimular a manutenção de propriedades improdutivas”. Nas palavras do tributarista Sacha Calmon “O ITR progressivo, sem dúvida, é um poderoso instrumento de política fundiária, a ser utilizado com transparência, boa-fé, firmeza e determinação” (CALMON, p. 395).

Outro imposto potente na disciplina de condutas sociais é o ICMS ecológico, o qual dedico capítulo exclusivo a respeito.

2. A extrafiscalidade do icms ecológico

Para compreender o papel do ICMS ecológico como política socioambiental, é preciso primeiramente introduzir considerações sobre repartição constitucional dos impostos.

O ICMS é um imposto de competência estadual que incide sobre a circulação de mercadorias e serviços, com base no texto constitucional (art. 158, IV) 25% da parcela de arrecadação deste imposto será transferido para os municípios. Como critério de repartição, três quartos, no mínimo, será distribuído conforme a proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadoria e nas prestações de serviços, realizadas nos territórios municipais, e até um quarto do restante, será de acordo com o que dispuser a lei estadual. Estes critérios estão elencados no parágrafo único do art. 158.

Os municípios que dispunham em seus territórios de grandes áreas de preservação, são impossibilitados de explorar economicamente parte significativa dos seus territórios. Assim, haveria uma situação não isonômica entre os municípios urbanos que obtêm áreas consideráveis de exploração econômica, em face daqueles com grandes zonas de preservação permanente. Com base nos parâmetros constitucionalmente estabelecidos, haveria maior distribuição de ICMS para os municípios com maior fluxo comercial.

Isto posto, diversos municípios do Estado do Paraná se sentiram prejudicados por possuíam em seus território áreas de preservação permanente. Nesse sentido esclarecem Scaff e Tupiassu: “Dentro dessa perspectiva, inúmeras foram às reivindicações dos municípios detentores de áreas de preservação ambiental, mananciais hídricos, reservas indígenas, etc., tendo em vista que sofrem historicamente uma dupla penalização, seja pela restrição da utilização economicamente produtiva de parte do seu território em face da afetação ambiental, seja pela conseqüência economicamente nefasta de tal restrição, que implica num menor nível de repasse orçamentário, sem que recebam qualquer recompensa pelas externalidades positivas que proporcionam à sociedade.”

Destarte, os municípios paranaenses encontraram uma forma de atenuar os prejuízos sofridos pela existência de

área de preservação ambientais em seus territórios. A solução estava na Constituição estadual do Paraná, que em seu art. 132, parágrafo único previa: “O Estado assegurará, na forma da lei, aos Municípios que tenham parte de seu território integrando unidades de conservação ambiental, ou que sejam diretamente influenciados por elas, ou àqueles com mananciais de abastecimento público, tratamento especial quanto ao crédito da receita referida no art. 158, parágrafo único, II, da Constituição Federal.”

Com base na redação constitucional ante mencionada, os municípios buscaram a regulamentação do dispositivo junto à Assembleia Legislativa que promulgou a Lei Complementar 59/91, originando um importante instrumento de política ambiental: o ICMS ecológico, também denominado de imposto verde.

A lei regulamentadora previu uma distribuição da quota municipal do ICMS, que favoreceria os municípios que possuíam áreas de conservação e preservação ambiental: Art. 4º. A repartição de cinco por cento (5%) do ICMS a que alude o artigo 2º. da Lei Estadual nº. 9.491, de 21 de dezembro de 1990, será feita da seguinte maneira: I - cinquenta por cento (50%) para municípios com mananciais de abastecimento. II - cinquenta por cento (50%) para municípios com unidades de conservação ambiental. Parágrafo único. No caso de municípios com sobreposição de áreas com mananciais de abastecimento e unidades de conservação ambiental, será considerado o critério de maior compensação financeira.

Como se vê, o ICMS ecológico surgiu como uma forma de compensar os municípios pelo desfalque sofrido no repasse da quota da repartição constitucional do ICMS, por possuírem em seus territórios áreas de preservação permanente. Todavia, sua criação superou suas motivações ini-

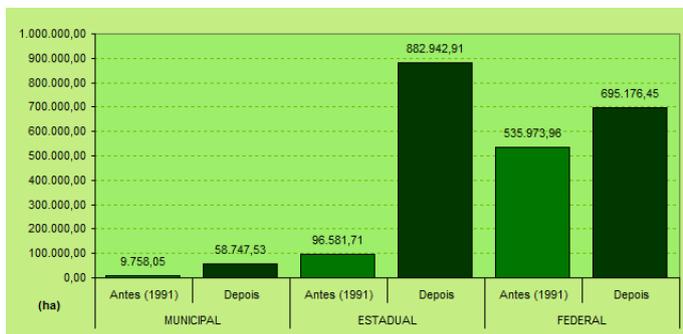
ciais, desencadeando em um estímulo a criação de novas áreas de conservação ambiental.

Entre os anos de 1992 e 2000 o número de áreas preservadas no Estado do Paraná aumentou em 1.990 % (mil e novecentos por centos), revelando o ICMS ecológico como um instrumento influenciador no progresso de desenvolvimento sustentável dos municípios. Nesse sentido: “No caso paranaense, cabe realce que entre 1992 e 2000 houve um incremento de 1.894,94 por cento em superfície das unidades de conservação municipais, de 681,03 por cento nas unidades de conservação estaduais, 30,50 por cento nas unidades de conservação federais e terras indígenas e de 100 por cento em relação as RPPN estaduais. Houve ainda melhoria na qualidade da conservação dos parques municipais, estaduais e das RPPN” (LOUREIRO, p. 712)

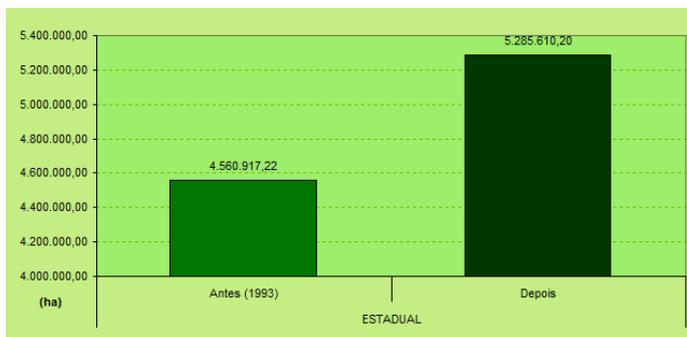
O pioneirismo profícuo do estado do Paraná, foi reproduzido em outros estados, que legislaram e instituíram o ICMS ecológico em seus territórios, conforme os critérios e a peculiaridades que melhor respondesse aos interesses da população local. Conforme dados do ano de 2011, 285 municípios se beneficiaram pelo repasse do imposto verde, ademais, a soma total dos valores do repasse no início da instituição do ICMS ecológico na década de 1990, correspondeu a 139.400.000,00 (cento e trinta e nove mil e quatrocentos milhões).⁴¹

Para atestar o êxito do imposto verde como mecanismo de política de incentivo ao desenvolvimento sustentável, vejamos as estatísticas de três estados da federação que adotaram o ICMS ecológico:

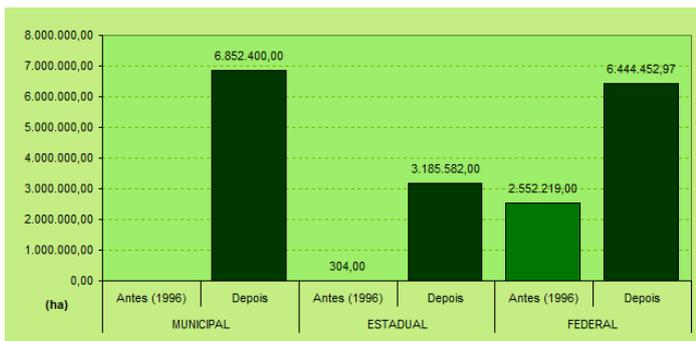
41. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/imposto-verde-ja-beneficia-235-municipios-do-parana-9imfuiieg0gv5k-d4op83yhr3gu> acesso em 30/05/2018



Área de Unidades de Conservação no Paraná nos três níveis de governo, antes e depois do ICMS Ecológico.



Área de Unidades de Conservação em São Paulo no nível estadual, antes e depois do ICMS Ecológico.



Área de Unidades de Conservação no Amapá nos três níveis de governo, antes e depois do ICMS Ecológico.

Como se vê, atualmente é possível atestar uma dupla função do imposto verde: a primeira relaciona-se com as razões para o qual foi criado, qual seja, a compensação municipal, posteriormente evoluiu e tornou-se em um instrumento incentivador de implementação de conservação de áreas de preservação ambiental.

2.1 A implantação do icms ecológico nos estados brasileiros

São Paulo foi o primeiro estado a seguir o modelo paraense, prevendo em sua legislação a distribuição de 0,5 aos municípios que dispõem de “reservatórios de água destinados à geração de energia elétrica” e 0,5 aos municípios com unidades de conservação em seus territórios. Conforme dados de pesquisa, o imposto verde paulista foi responsável por beneficiar 169 cidades no ano de 2002, o que simboliza dez a mais do que no ano anterior.⁴² Este mecanismo é de alto relevo para municípios carentes, como o caso do Vale do Ribeira, que em 2001 recebeu a título de repasse 37,12% do ICMS ecológico. Isso demonstra que o imposto verde não apenas despenha o papel de incentivo à conservação ambiental regional, como também contribui para o desenvolvimento urbano de pequenos centros.

Minas Gerais instituiu o ICMS ecológico por meio de uma lei que ficou conhecida como “Lei Hobin Hood”, por fundamentar-se na máxima: “tirar pouco de poucos, para dar muito a muitos” (JOÃO, 2004, p. 98). Como parâme-

42. Dados visualizados em <http://www.sober.org.br/palestra/5/1145.pdf> acesso em 31/05/2018

tro de repasse a título de ICMS ecológico utilizou-se, além da existência de unidades de conservação, outros como patrimônio cultural e tratamento e disposição final de lixo e esgoto. Grieg-Gran (2000) demonstra, em sua pesquisa, que houve um ganho considerável nos municípios mais carentes, observada por outro lado a perda ocasionada pela redistribuição concentrada nos 20 municípios mineiros mais ricos. Trata-se de mais um exemplo de redução de desigualdades urbanas. Ademais, conforme aponta João (2004), o imposto verde mineiro motivou um aumento de 166 novas unidades de conservação entre 1995 a 2001.

O estado do Mato Grosso também incrementou a política do imposto verde, utilizando variados critérios com a finalidade de acrescer o número de superfície com áreas protegidas, bem como avançando na qualidade da conservação por meio da implantação do Programa de apoio às ações do municípios para conservação da biodiversidade. Com isso, 78 municípios mato-grossenses foram beneficiados pelo ICMS ecológico (JOÃO, 2004).

Chama a atenção o projeto pernambucano, que dentre os outros destaca-se por ser o mais abrangente, sendo, por isso, denominado de “ICMS Sócio-Ambiental”. O imposto verde do estado do Pernambuco abarca tanto critérios ecológicos, como resíduos sólidos e unidades de conservação, quanto critérios sociais (saúde e educação). Nesse sentido, na seara ambiental destina 1% para os municípios que dispõem de unidades de conservação e 5% para aqueles que possuem unidades de compostagem e aterro sanitário.

Tocantins inovou nos critérios, utilizando como parâmetro de repasse de ICMS ecológico, por exemplo, apoio às nações indígenas, conservação e disponibilização da água potável, controle de queimada, tratamento de esgoto, coleta e destinação final do lixo. A participação do ICMS eco-

lógico na receita do estado aumentou de 8,5% em 2005 para 13% em 2007.⁴³

Cada estado por meio de sua autonomia, legislaram e trouxeram critérios de repasse que melhor atendesse às suas necessidades e peculiaridades. Não existe um parâmetro único, mas todos que aqui foram estudados desencadearam em uma melhoria tanto ambiental - aumento de unidades de conservação - como social, pois acarretaram em um desenvolvimento urbanos dos municípios mais carentes. Nesse sentido (MONTEIRO, p.134) complementa: “Nas diversas legislações hoje existentes, em muitos estados brasileiros, verifica-se que, além da presença dos motivos que inicialmente constituíram o ICMS Ecológico, outros elementos têm sido contemplados nos critérios ambientais, como a criação de sistemas de tratamento do lixo, esgotamento sanitário e seu tratamento, o controle das queimadas, a conservação do uso e manejo do solo, a educação ambiental, o implemento de políticas municipais de meio ambiente que viabilizem a elaboração da Agenda 21 nas municipalidades.”

Todos esses exemplos demonstram um novo papel da atuação estatal na sociedade. Por meio da tributação o Estado disciplinou condutas e incentivou comportamentos que influenciam no bem-estar e na justiça comum.

Por fim, importante destacar que o advento do imposto verde alterou a política de distribuição e repasse do ICMS. Antes os municípios que mais possuíam indústrias poluentes em seus territórios eram os maiores favorecidos pela transferência constitucional prevista no art. 158, IV. Atualmente, conforme números demonstrados neste artigo, houve um redimensionamento dos valores de forma a beneficiar tam-

43. Dados visualizados em <http://www.sober.org.br/palestra/5/1145.pdf> acesso em 31/05/2018

bém quem coopera para um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Desse modo, conforme aponta Scaff e Tupiassu (2005, p. 746) “a preservação de áreas verdes, a construção de redes de esgoto, escolas e hospitais também passam a ser sinônimo de aumento de receita e desenvolvimento.”

Considerações finais

A tributação atualmente não é vista apenas como uma fonte de arrecadação de receita pública para fazer frente às despesas estatais. Por meio dela o Estado realiza políticas intervencionistas tanto na seara econômica, possibilitando alterar o balanço comercial do mercado, como no campo social, influenciando comportamentos que beneficiam o bem-estar comum. O ICMS ecológico é um exemplo desta nova realidade tributária vivenciada no país.

O instituto nasceu com o fito de compensar os municípios pela existência de áreas de preservação em seus territórios, que por conseguinte desencadeavam um repasse menor da transferência constitucional do ICMS. Contudo, o imposto verde extrapolou as motivações pelas quais foi inicialmente idealizado, podendo ser compreendido sob uma prisma mais elevado.

Conforme visto, sua extrafiscalidade pode ser constatada pelo incentivo a implementação e proteção de áreas de preservação ambiental, já que suscitou em um aumento no número de unidades de conservação. Ademais, o ICMS ecológico possibilitou uma distribuição maior de riqueza entre os diversos municípios, isso porque, houve uma elevação da distribuição da quota constitucional para municípios mais carentes em prol dos mais desenvolvidos, contribuindo, dessa forma, para o desenvolvimento urbano dos centros menores.

A contribuição do ICMS ecológico para o desenvolvimento sustentável, não reside apenas no fato de ter estimulado a ins-

tuição de áreas de preservação. Cada estado legislou e estabeleceu diversos parâmetros como o controle de queimada, lixo e tratamento de esgoto, nações indígenas, todos que convergem com a idade de preservação da qualidade do meio ambiente.

Por esses motivos, o ICMS ecológico foi variadas vezes premiados internacionalmente por ser um instrumento importante de incentivo à conservação ambiental. Em 1995, foi classificado com uma das sete experiências bem sucedidas para preservação da biodiversidade na América Latina, pela União Internacional para Conservação da Natureza e dos Recursos Naturais- IUCN. Já em 1996, foi apontado pela Fundação Getúlio Vargas como uma das cem experiências mais exitosas em Administração Pública do Brasil.⁴⁴

O ICMS ecológico representa um modelo efetivo em que a conservação ambiental é sinônimo de desenvolvimento, e não um obstáculo ao crescimento econômico.

Referências

ALEXANDRE, Ricardo. Direito Tributário. Ed. Juspodivm. 12^a ed. 2018

SCAFF, F. F. e TUPIASSU, L.V. da C. Tributação e Políticas Públicas: O ICMS Ecológico. In: TÔRRES, H. T. (Org.) Direito Tributário Ambiental. São Paulo, Malheiros Editores Ltda. 2005.894 p.

JOÃO, C. G. ICMS Ecológico Um Instrumento Econômico de Apoio à Sustentabilidade. Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Engenharia de

44. Visualizado em: http://www.icmsecológico.org.br/site/index.php?option=com_content&view=article&id=52&Itemid=82 acesso em 01/06/2018

Produção da Universidade Federal de Santa Catarina.
Florianópolis. 2004.

Site oficial do ICMS ecológico: <http://www.icmsecologico.org.br>

www.sober.org.br/palestra/5/1145.pdf

A qualidade de vida nas metrópoles a partir do contexto socioambiental

Marconi do Ó Catão

Introdução

No processo de urbanização, o desenvolvimento da cidade resultou na denominada “metrópole moderna” devido ao fato dela ter gradativamente alcançado um estágio avançado de progresso. Realmente, as transformações qualitativas são visíveis, de modo que atualmente a metrópole não é meramente uma versão maior da cidade tradicional, mas uma nova e diferente forma de agrupamento humano.

O termo “metrópole” (palavra derivada do grego “mãe” e “cidade”) suscita controvérsias, como é possível verificar a partir do entendimento de Mumford (1961, p.204), visto que para ele tal terminologia implicaria em um significado histórico diferente, preferindo, a princípio, a palavra “conurbação”, criada pelo urbanista escocês Patrick, a qual exterioriza a junção de cidades em expansão, muito embora a maioria das

metrópoles não tenha se constituído assim. Posteriormente, Mumford (2008, p.627 e 662) vem a utilizar a terminologia “megalópole”, adotada pelo geógrafo francês Gottmann, sendo geralmente aplicada a uma região urbanizada formada por várias áreas metropolitanas (BLUMENFELD, 1954). Todavia, a tendência majoritária foi pela expressão “metrópole”, tendo em vista que já vem sendo utilizada em muitos idiomas como denominação para os grandes centros urbanos. Nessa discussão, é pertinente salientar que no Brasil o vigente “Estatuto das Metrôpoles”, instituído por meio da Lei nº 13.089/2015, trata dessa matéria em seu art. 2º, por intermédio dos termos metrópole, aglomeração urbana e região metropolitana.

Teoricamente, o crescimento populacional e a evolução tecnológica observados na modernidade contemporânea vêm contribuindo de forma significativa para o processo de urbanização das metrópoles, com ênfase para o aspecto da qualidade de vida inerente às cidades globais. Por outro lado, a urbanização crescente é um dos grandes entraves enfrentados pelas cidades, notadamente no que diz respeito às mudanças climáticas. Em resumo, na realidade social urbana, tudo isso repercute em relevantes implicações humanas que fazem parte das cidades, tais como as problemáticas socioeconômicas, de organização estrutural, locomoção por intermédio de transportes, uso da terra, meios de comunicação, *déficit* de moradia, localização dos conjuntos habitacionais etc. Todavia, as preocupações que serão abordadas neste estudo advêm mais especificamente do modo pelo qual o meio ambiente interfere na vida humana a partir de percepções inerentes às atividades cotidianas.

As estruturas espacial e arquitetônica das cidades desencadeiam fortes repercussões na qualidade de vida dos seus habitantes. Logo, na idealização de um centro urbano metropolitano efetivamente habitável é fundamental que precipuamente sejam inseridas políticas públicas capazes de concretizar tal de-

siderato cidadão. De maneira que este trabalho enfoca as relações das atuais metrópoles com o meio ambiente urbano e a qualidade de vida de seus habitantes, buscando um adequado entendimento sobre as implicações humanas que envolvem os aspectos estruturais e ambientais desses centros urbanos.

Este texto se propõe a desenvolver uma análise sobre os principais elementos que permeiam as metrópoles, com ênfase nas tendências urbanas contemporâneas. O método de procedimento adotado foi o analítico-descritivo, no intuito de realizar uma abordagem nos campos jurídico, sociológico, ambiental, arquitetônico e urbanístico. Então, de início é apresentada uma explanação sobre as formas de desenvolvimento das cidades, cuja falta de planejamento poderá resultar em sérios entraves para seu desenvolvimento, comprometendo a qualidade de vida das pessoas; para tanto, serão realizados levantamentos de dados bibliográficos e em legislações específicas. Em seguida, haverá discussões sobre propostas de superação para as seguintes problemáticas: poluição ambiental provocada pelo som, deficiências na exteriorização das diversidades inerentes aos elementos identitários da cidade, ineficiência na efetivação material das funções sociais da cidade e rigidez excessiva do Poder Público quanto a oferta de oportunidades para que as pessoas exerçam o desenvolvimento de suas capacidades, habilidades e tendências vocacionais.

Assim, com os estudos realizados, foi possível compreender que com o elevado crescimento populacional e a chegada dos progressos tecnológicos decorrentes da civilização industrial, proliferaram-se os problemas com os quais uma cidade se depara, ou seja, impactos ambientais, condições precárias de habitação da população, desigualdades sociais, entre outros, com preocupantes repercussões na qualidade de vida dos habitantes das metrópoles.

1. Implicações humanas e ambientais inerentes às metrópoles

Tomando como referencial os países desenvolvidos, as cidades são possuidoras de aspectos louváveis, tais como a baixa incidência de doenças, alto padrão de vida etc. Além disso, a metrópole moderna se preocupa especialmente com a questão das pessoas quanto à educação, como também com relação ao desenvolvimento de suas habilidades, capacidades e tendências vocacionais (RAWLS, 1997, p.89-95; SEN, 2008, p.72, 89, 134 e 148; SEN, 2000, p.109 e 135). De fato, determinados centros urbanos metropolitanos oferecem formas de vida almejada pela maioria das pessoas; por outro lado, a metrópole trouxe consigo sérios problemas, com ênfase na questão ambiental, que foi desencadeada com notória gravidade devido as suas fortes implicações climáticas e sociais.

Nesse sentido, em 2011 houve a "Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável – Rio+20" na cidade do Rio de Janeiro, ocasião em que as 58 cidades que integram o *C40 Cities Climate Leadership Group* e a Cúpula dos Prefeitos se comprometeram a adotar medidas para evitar a emissão de 1,3 bilhão de toneladas de gases de efeito estufa até 2030. Ressaltando-se, que o C40 é uma rede de megacidades, tendo como parceiros o Banco Mundial, o *Climate and Clean Air Initiative* e o *Global Urban Initiative on Sustainability*, que busca medidas para reduzir as emissões de gases de efeito estufa, bem como auxiliam as cidades a lidar com os riscos climáticos e impactos em nível local e global. No Brasil, São Paulo, Rio de Janeiro e Curitiba são as cidades que integram a rede C40, tendo, na ocasião dessa conferência, os prefeitos destas cidades, juntamente com outros governantes munici-

pais de cidades de todo o mundo, apresentado sugestões no sentido do Brasil proporcionar tratamento correto para o lixo e investir no saneamento básico, sendo tudo isso oficializado na oportunidade da Rio+20, demonstrando o compromisso solidário existente entre as nações para com as políticas de desenvolvimento sustentável (BRASIL, 2011).

Diante de tais discussões, hipoteticamente, imagine-se a possibilidade de desenvolvimento da prometeica "metrópole contemporânea", no propósito prioritário de melhoramentos das condições de vida de seus habitantes; logo, o que seria possível fazer para a otimização de tais condições, no intuito do aprimoramento das eventuais deficiências das atuais metrópoles?

Nesse contexto, percebe-se que existem determinados aspectos que se sobressaem, de forma que inicialmente torna-se necessário ressaltar, independentemente da prioridade por relevância, as consequências oriundas do barulho ambiental (ruídos), do clima quente e do ar poluído. Além disso, é igualmente importante destacar a tendência da ausência de elementos identitários significantes, haja vista que a cidade moderna deve ser diversificada e identificável em suas particularidades que compõem o conjunto urbano, possibilitando escolhas associadas e exteriorizando materialmente a percepção de lugar e lar (GARCIA, 2005, p.27). Sem dúvida, a cidade é naturalmente um *habitat* caracterizado pela sua diversidade geral, sendo que as diferenças relacionadas com as atividades históricas e culturais, muitas vezes, são pouco visíveis, visto que inúmeras áreas urbanas são zoneadas para um mesmo tipo de ocupação, tendo como resultado notórias formas de divisão social e até mesmo de segregação de determinados grupos de pessoas consideradas "diferentes" (LAGO, 2000, p.21 e 32). Assim sendo, o espaço físico urbano poderia ser projetado no intuito de possibilitar a comunhão

da diversidade social humana, objetivando a conciliação entre as diferenças sociais eventualmente presentes nessa realidade conjuntural (JACOBS, 2013, p.157).

Outro preocupante aspecto que encontra-se relacionado com o funcionamento socioambiental das cidades se refere à questão da funcionalidade multidimensional dos centros urbanos, exteriorizada por meio das funções sociais da cidade (SANT'ANNA, 2011, p.125), que inclusive estão previstas no art.182 da Constituição Federal Brasileira vigente e no art.2º do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001). Em outros termos, para que seja possível vivenciar o sentimento de estar em casa no pleno exercício das funções sociais inerentes à cidade, é também necessário que exista a percepção do meio ambiente urbano como um sistema de sinais (BENOIST, 1999, p.43 et seq.). Desse modo, as adequações espaciais e temporais são igualmente necessárias, para que então seja possível a compreensão das atividades desempenhadas pelas posições sociais ocupadas por seus habitantes. Ademais, a inexistência de relações visíveis entre as partes constitutivas da cidade é suficiente para produzir sensações de alienação, com o próprio ambiente urbano sendo capaz de exteriorizar notáveis dificuldades de diálogo. Inquestionavelmente, as cidades são reveladoras de muitas ambiguidades e descontinuidades, onde atividades legítimas e adequadas não são passíveis de apreciação, havendo o concomitante obscurecimento dos elementos naturais e históricos (CATÃO, 2017, p.58).

Por fim, outro fator que precisa de melhor análise diz respeito à indiferença ou impessoalidade (“rigidez”) revelada pela cidade quanto à necessidade de oportunidades para que as pessoas em geral tenham efetivas satisfações de suas necessidades, incluindo nesta perspectiva a inter-relação ativa das pessoas com o meio ambiente urbano, com possibilidades de usá-lo, transformá-lo e organizá-lo. De fato,

o espaço físico deve ser acessível às ações individuais, como sendo um natural caminho pessoal para o desenvolvimento por intermédio de meios viáveis de acessibilidade, para que assim os seres humanos possam desenvolver suas interações com o ambiente urbano e natural (PENA-VEGA, 2000, p.198; HENRIQUE, 2009).

No próximo tópico, serão discutidas viabilidades e alternativas, objetivando a solução dos problemas que foram suscitados no decorrer desta exposição.

2. Propostas para melhoria da qualidade de vida nas metrópoles

Nesta abordagem serão apresentadas algumas propostas de equalização dos aspectos suscitados neste estudo, relacionados ao conforto insuficiente quanto aos fatores climático e atmosférico, bem como à poluição ambiental (barulho ou ruídos, excessivos e incômodos, comprometedores do curso normal das atividades cotidianas); à ausência de diversidades quanto aos elementos de identificações estruturais, históricos, culturais, entre outros, no propósito de oferecer o deleite da sensação de "estar em casa, no aconchego do lar, próprio do ser humano antropológico"; às precárias condições de efetivação das funções sociais da cidade; e à "inflexibilidade" desta quanto ao oferecimento de oportunidades aos seus habitantes, para que estes possam exercer livremente suas habilidades naturais, exteriorizando assim suas capacidades e eventuais talentos ou mesmo dons vocacionais (MAUSS, 2001, p.183 et seq.).

No que diz respeito ao aspecto das eventuais deficiências relacionadas com a confortabilidade, presente em determinadas cidades, é oportuno que inicialmente sejam determinados quais os motivos causadores de tal situação, utilizando-se, sobretudo, do auxílio das novas tecnologias com o

escopo central de um efetivo controle. Na realidade contemporânea, em geral observa-se que não vêm ocorrendo avaliações sistemáticas de determinados fatores, tais como variações climáticas, iluminação, grau de intensidade de som etc.

Quanto aos outros problemas estruturais e físicos inerentes às cidades (diversidade, acessibilidade e disponibilidade de funções sociais), de início seria prudente uma análise das características particulares dos centros urbanos a serem considerados, com ênfase nas atividades e interesses que prevalecem no cenário cotidiano da cidade, notadamente em virtude de sua importância simbólica (BOURDIEU, 2007, p.7; GODELIER, 2000, p.36), visto que são locais de constantes encontros dos mais variados grupos sociais que constituem a metrópole. A relevância dessa avaliação reside no fato de que os elementos estudados representam a qualidade de vida de forma generalizada, como também atuam como focos de organizações estruturais e recordações particulares. Portanto, a proposta seria a inserção de políticas públicas capazes de possibilitar a ampliação do que fosse singular na estrutura física de cada centro urbano metropolitano, salientando a diversidade existente. Para tal desiderato, seriam realizadas análises sobre as diferenças e as potencialidades existentes, como também estudos históricos, arquitetônicos, ambientais, ecológicos, demográficos, socioeconômicos, entre outros. Em outras palavras, a adoção de um programa político em busca de uma maior visibilidade dos centros urbanos metropolitanos poderia ser efetuado de forma multidimensional, enfocando aspectos como qualidade de vida, espaços externos, iluminação, pavimentação etc.

Nesse conjuntura, cada centro metropolitano teria um aspecto principal de identificação, podendo ser uma praça pública, um cruzamento de estradas e os demais que fossem reveladores de um efeito simbólico de representação e identificação (BOURDIEU, 2007, p.107), com destaque espe-

cial para a possibilidade de harmonização de cada centro urbano por meio de elementos naturais (uma montanha, uma planície, uma grande rocha etc.). Ademais, essa proposta urbana é indicativa igualmente da inserção da clássica ideologia da conservação e manutenção das estruturas arquitetônicas dos antigos centros urbanos (HARVEY, 1992, p.69 et seq.), sempre procurando a devida função social associada, servindo igualmente como estímulo para a introdução de novos centros de atividades nas zonas periféricas das cidades. Em suma, a meta seria um sistema urbano integrado, reunindo centros compactos e diversificados, com as devidas inclusões de instituições educacionais, principalmente nos setores urbanos de alta densidade demográfica, incluindo áreas de esporte, lazer, literária e outras que sejam necessárias.

Com efeito, tais centros seriam estáveis em sua localização, possibilitando novos horizontes para a cidade a partir da continuidade no tempo e variabilidade estética da estrutura arquitetônica, valorizando o fluxo das atividades e aspirações cidadinas. De fato, em tal proposta estaria presente a política de preservação de símbolos históricos, sem que isto implicasse na neutralização dos padrões de funcionalidade nos centros urbanos. Além do mais, o exercício cotidiano dessas atividades teria a sua visibilidade repleta de elementos de comunicação norteadores dos avanços urbanos contingenciais.

Do ponto de vista operacional, a materialização dessa idealização de planejamento seria alcançada por meio da Legislação Orgânica da unidade municipal; Plano Diretor; Lei de Parcelamento, Uso e Ocupação do Solo; Zoneamento; Legislação Orçamentária, entre outros instrumentos normativos necessários para a tomada de decisões locais em benefício da regulamentação estrutural das cidades.⁴⁵ Outros-

45. Nesse sentido, no atual Ordenamento Jurídico Brasileiro temos o

sim, nessa perspectiva de aprimoramento urbanístico haveria o prévio planejamento esquemático das ruas e dos espaços abertos, com as devidas reservas públicas de renovações de áreas urbanas estratégicas (provisão de espaços territoriais, acessos e incentivos à construção civil, áreas de preservação permanentes etc.). De forma que poderiam existir espaços para o desenvolvimento de novos centros urbanos nos setores periféricos das regiões metropolitanas, incluindo nessas ações a participação dos órgãos públicos.

Por sua vez, consideremos os espaços abertos, praias, parques, matagais, bosques, canais, cavernas, sítios históricos etc., que em geral são mais compreendidos como de responsabilidade do Poder Público do que do Planejamento Urbano das cidades. Nessa proposta de diversificação, há o objetivo central de que esses espaços públicos sejam mais humanizados e com a finalidade de proporcionar novas opções de educação, lazer e divertimentos, sempre buscando o enquadramento das possíveis oportunidades sociais com as diversidades urbanas presentes nos símbolos considerados como sendo valorosos pelos habitantes das cidades. De modo que as metrópoles implicariam diretamente na presença de espaços públicos abertos, possibilitando assim a liberdade nas escolhas das atividades disponíveis, bem como favorecendo as oportunidades de caracterizações dos elementos compreendidos como sendo importantes para as cidades, levando em consideração suas próprias peculiaridades. Nesse modelo urbano, tais espaços deveriam ser distribuídos uniformemente nas metrópoles, procurando agregar os aspectos relacionados à densidade e à liberdade da população.

Estatuto das Metr6poles (Lei N13.089, de 12/01/2015), o Estatuto da Cidade (Lei n10.257, de 10/07/2001) e Constitui11o1 Federal Brasileira de 1988 (arts. 182 e 183).

Ainda considerando os espaços abertos, outras propostas seriam plenamente viáveis, como é o caso da inserção de florestas urbanas⁴⁶ abertas ao público, da disponibilidade de espaços geográficos específicos dos centros urbanos (formações geológicas) e do estudo da diversidade ecológica da cidade, incluindo também campos de experimentação social para inovação de estilos de vida, bem como para observação de condutas, desvios e práticas sociais (PARK, BURGESS, McKENZIE, 1992, p.63 ; XIBERRAS, 1993, p.97-98).

Realmente, a caracterização dos núcleos e espaços abertos nas cidades são fatores que influenciam diretamente o padrão de vida humana. Todavia, há outro relevante aspecto a ser contemplado nesta abordagem, que é a questão da acessibilidade, haja vista que esta possibilita a movimentação e percepção das pessoas sobre o meio ambiente que fazem parte, exteriorizando-se, assim, como a plataforma de observação da cidade, perspectiva essa prevista no §2º do art. 1º do Estatuto da Cidade. Nota-se, então, que é a partir desse cenário que os habitantes veem as relações entre as partes urbanas, reconhecendo as estruturas de organização, comunicação, segurança etc. Em suma, na proposta suscitada, cada via de acessibilidade teria um caráter próprio, exteriorizando os principais espaços físicos da cidade, bem como suas funções e áreas sociais predominantes, incluindo locais históricos, geológicos, fauna, flora etc.; ou seja, o sistema de acessibilidade da cidade

46. Nesta perspectiva, tomemos como exemplo o município de João Pessoa, capital do Estado da Paraíba, visto que essa cidade, literalmente, contorna uma área central de Mata Atlântica de 515 hectares, denominada tradicionalmente de “Mata do Buraquinho” e abrigando o “Jardim Botânico Benjamim Maranhão”, criado pelo Decreto-Lei nº21.264 de 28/08/2000. Por tratar-se de uma floresta urbana, inclusive aberta à visitação pública, tem seu endereço na Av. Dom Pedro II, s/n, no bairro da Torre, CEP : 58.033-455, João Pessoa/PB./Brasil.

de seria usado não apenas como elemento organizador, mas igualmente como um meio informacional. Além disso, no percurso para a construção desse modelo de cidade, as discussões se ampliariam por temas como mudanças das matrizes energéticas, educação ambiental, arborização, entre outros, tudo isso no intuito de melhorar o bem-estar do meio urbano.

Outrossim, considerando o fato de que geralmente nas regiões metropolitanas das grandes cidades são construídas muitas estradas e linhas de trânsito objetivando a otimização da acessibilidade. Logo, as posições e particularidades dessas rotas poderiam ser estruturadas a partir do planejamento do percurso, levando em conta não apenas a necessidade de deslocamento, mas também o motivo de deleite. Desse modo, a disponibilidade dos espaços abertos e as variedades de momentos vivenciados no decorrer do trajeto seriam utilizados como meios de satisfação do prazer estético do observador em trânsito.

Por fim, cumpre salientar que as ações propostas nessa discussão não se limitam apenas as inovações metodológicas para novas vias de acessibilidade, tendo em vista que poderão ser igualmente aplicadas às atuais ruas e estradas com problemas que dificultam as respectivas funcionalidades.

Considerações finais

Ao término deste estudo, concluiu-se pela imperativa necessidade de reflexões racionais sobre o futuro de nossas cidades. Salientando-se, desde já, que nenhuma das propostas suscitadas no decorrer deste texto implica na estagnação das cidades ou mesmo ao retorno de passados emblemáticos. De maneira que acreditamos no espaço urbano das cidades como sendo o *locus* propício ao desenvolvimento humano, sempre em observância à proteção e respeito ao meio am-

biente. Portanto, verificou-se que o alcance da concepção de "sentir-se alguém em sua própria casa" depende fundamentalmente de relações solidárias e recíprocas entre o ser humano, o meio social e o ambiente natural.

Com relação à equalização da questão socioambiental, observou-se que sua alta complexidade associada à diversidade de funções e estilos de vida são fatores desencadeadores de dificuldades para se conseguir uma boa qualidade ambiental. Logo, entendemos pela necessidade imediata de ações estratégicas em escala metropolitana, no sentido de solucionar tais problemáticas. Além disso, compreendemos também que a maneira mais viável de discutir um assunto tão amplo como este seria priorizando os elementos de transformação das cidades, incluindo suas funções socioeconômicas, população, tomadas de decisões quanto às eventuais renovações, envolvendo reconstruções e demolições, buscando adequadas reabilitações a partir dos mecanismos administrativos em harmonia com as legislações urbanísticas vigentes. Com efeito, com a correta aplicabilidade dos atuais instrumentos legislativos disponíveis no Ordenamento Jurídico Brasileiro, voltados para os aspectos urbano, ambiental, arquitetônico, social etc. , é plenamente possível um adequado desenvolvimento metropolitano.

Enfim, as análises quanto à otimização da qualidade de vida e do meio ambiente urbano, no intuito de melhoramento dos problemas inerentes à metrópole, revelaram os seguintes enfrentamentos: formas de acessibilidade, ordenação estrutural dos centros metropolitanos e padrões dos espaços abertos. Nesse sentido, é imprescindível o prévio planejamento racional, levando-se em consideração os aspectos gerais e particulares envolvidos com a demanda, para que então sejam apresentadas alternativas de soluções sustentáveis para cada um desses mecanismos de integração metropolitana, sobretudo, por in-

termédio de políticas públicas inovadoras e eficazes. Ademais, deve-se igualmente inserir as tradicionais práticas de adequações para as habitações e serviços locais, procurando oferecer propostas mais igualitárias, incluindo os controles climáticos, da poluição sonora (barulho/ruídos), da água e do ar. Desse modo, acreditamos que é possível o aprimoramento da metrópole contemporânea em harmonia com um meio ambiente no qual as pessoas possam orgulhar-se e sentir prazer.

Referências

- BENOIST, Luc. **Signos, símbolos e mitos**. Trad. Paula Taipas. Lisboa/PT : Edições 70, 1999.
- BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Trad. Fernando Tomaz. 10. ed. Rio de Janeiro : Bertrand Brasil, 2007.
- BRASIL, Lei nº10.257, de 10 de julho de 2001. Institui o Estatuto da Cidade. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, DF , 11 de jul. 2001.
- _____, Lei nº13.089, de 12 de janeiro de 2015. Institui o Estatuto das Metrôpoles. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, DF , 13 de jan. 2015.
- _____, Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável – Rio+20. Rio de Janeiro, 2011. Dispon[ível em:< http://www.rio20.gov.br/sobre_a_rio_mais_20.html>. Acesso em: 15 mar.2018.
- BLUMENFELD, Hans. The tidal wave of metropolitan expansion. **Journal of the American Institute of Planner**, Vol. 20, nº I, p. 3-14, 1954.

CATÃO, Marconi do Ó. **Política Nacional de Resíduos Sólidos e Necessidades Fundamentais**. Rio de Janeiro : Multifoco (Ágora 21), 2017.

GARCIA, Maria. A cidade e o Estado : políticas públicas e espaço urbano. In: _____ (Coord.). **A cidade e seu estatuto**. São Paulo : Juarez de Oliveira, 2005.

GODELIER, Maurice. **O enigma da dádiva**. Trad. Pedro Miguel Duarte. Lisboa/PT : Edições 70, 2000. (Coleção Perspectivas do Homem)

HARVEY, David. **Condição Pós-Moderna**. 12.ed. Trad. Adail Ubirajara Sobral; Maria Stela Gonçalves. São Paulo : Perspectiva, 1992.

HENRIQUE, Wendel. **O direito à natureza na cidade**. Salvador : EDUFBA, 2009.

LAGO, Luciana Corrêa. **Desigualdade e segregação na metrópole** : o Rio de Janeiro em tempo de crise. Rio de Janeiro : Revan, 2000.

MAUSS, Marcel. **Ensaio sobre a dádiva** : introdução de Claude Levi-Strauss. Trad. António Filipe Marques. Lisboa/PT : Edições 70, 2001. (Coleção Perspectivas do Homem)

MUNFORD, Lewis. **A cultura das cidades**. Trad. Neil R. da Silva. Belo Horizonte : Itatiaia, 1961.

_____. **A cidade na história** : suas origens, transformações e perspectivas. Trad. Neil R. da Silva. 5.ed. São Paulo : Martins Fontes, 2008.

PARK, Robert E. ; BURGESS, Ernest W. ; McKENZIE, Roderick D. **The city** . London : The University of Chicago Press, 1992.

PENA-VEGA, Alfredo. **O despertar ecológico** : Edgar Morin e a ecologia complexa. Rio de Janeiro : Garamound, 2010.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Almiro Pisseta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo : Martins Fontes, 1997.

SANT'ANNA, Mariana Senna. Planejamento urbano e qualidade de vida : da Constituição Federal ao Plano Diretor. In : DALLARI, Adilson Abreu; DI SARNO, Daniela Campos Libório(Coords.). **Direito Urbano e Ambiental**. 2. ed. Belo Horizonte : Fórum, 2011.

SEN, Amartya Kumar. **Desigualdade Reexaminada**. Trad. Ricardo Doninelli Mendes. 2. ed. Rio de Janeiro : Record, 2008.

_____. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo : Companhia das Letras, 2000.

JACOBS, Jane. **Morte e vida de grandes cidades**. Trad. Carlos S. Mendes Rosa. 3. ed. São Paulo : Martins Fontes, 2013.

XIBERRAS, Martine. **As teorias da exclusão** : para uma construção do imaginário do desvio. Trad. José Gabriel Rego. Lisboa : Instituto Piaget, 1993.(Coleção Epistemologia e Sociedade)

A cidade em busca de uma gestão ambientalmente adequada para o destino final do lixo eletrônico

Marconi do Ó Catão

Introdução

Na economia tradicional, o mecanismo gerador de mercadorias era formado pela produção, distribuição e consumo. Mas, a idéia de que o descarte do consumo do lixo eletrônico (e-lixo) também viesse a integrar esse processo não estava presente no pensamento econômico do século XIX. Assim, a racionalidade tecnológica industrial voltada para a produção de aparatos eletrônicos (computadores, telefones celulares, pilhas, baterias, plugues etc.) minimizou a possibilidade de que nos séculos vindouros tal descarte iria representar grandes dimensões, nas quais estariam os riscos socioambientais inerentes aos processos industriais.

Inquestionavelmente, o grande volume de produção de resíduo sólido urbano, legalmente compreendido como ”

bem descartado resultante de atividades humanas em sociedade, a cuja destinação final se procede [...] nos estados sólidos [...]”, conforme estabelece o art. 3º, inciso XVI, da Lei nº 12.305/2010, faz parte dos efeitos indesejáveis da sociedade de industrialização que ameaçam à época atual, pois as crescentes variedades e quantidades dos produtos descartados do consumo traduzem-se como elementos da denominada “sociedade de risco”. A partir deste conceito, Beck (2010, p.23-25) analisa a modernidade contemporânea com base nos postulados marxistas, defendendo que os riscos sociais e ecológicos presentes em nosso planeta são produzidos na própria sociedade industrial, sendo então desta a obrigação de repensar a si mesma, visto que sempre busca o aumento ilimitado da produtividade, minimizando ou mesmo ignorando os efeitos dela advindos, o que leva a produção de riscos mal conhecidos. Sem dúvida, esses resíduos, ao serem destinados para os lixões a céu aberto, podem causar danos à saúde das pessoas, como acontece no caso da manipulação das placas eletrônicas e seus componentes, sendo também possível os componentes tóxicos contaminarem o solo, chegando aos lençóis freáticos e comprometendo a qualidade da água (CATÃO, 2017, p.56).

Em conformidade com os estudos do Greenpeace Internacional, por meio do relatório “*Contaminação de ponta: um estudo da contaminação ambiental pela fabricação de produtos eletrônicos*”, rios e águas subterrâneas estão sofrendo sérios problemas com a liberação de substâncias tóxicas provenientes de componentes eletrônicos, por parte de determinadas áreas industriais na China, Filipinas, Tailândia e México, que são responsáveis pela fabricação de aparelhos da IBM, HP, Sony e Sanyo. Nesse sentido, já na década passada, a ambientalista Zeina Alhaj (2007) prenunciava que: “Há necessidade de uma total transparência em toda a cadeia

de produção da indústria eletrônica para que os donos das grandes marcas sejam obrigados a assumir a responsabilidade pelos impactos da produção de suas mercadorias. [...]”.

No Brasil, cerca de 500 mil toneladas de lixo eletrônico são descartadas anualmente em locais inadequados, comprometendo nocivamente o meio ambiente e a saúde humana, devido aos materiais tóxicos presentes, estando esses resíduos entre as categorias com maior crescimento, acompanhando a tendência global da elevação do consumo. No mundo, a partir de informações divulgadas pela Universidade das Nações Unidas (ONU) e pela União Internacional de Telecomunicações, estima-se que 44,7 milhões de toneladas de objetos eletrônicos foram descartados em 2016, representando um crescimento de 8% desde 2014, sendo um volume de lixo suficiente para formar uma linha de Nova York até Bangkok, de ida e volta (DW BRASIL, 2017). Desse total, apenas 20% é reciclado, o equivalente a 9 milhões de toneladas, sendo a Suécia, Suíça e Noruega os países que mais se preocupam com a reciclagem, chegando a cerca de 70% a totalidade de dejetos eletrônicos reciclados (AGUIAR, 2017).

Em síntese, este texto se propõe a analisar as relações existentes entre a cidade, o meio ambiente e o bem-estar de seus habitantes, diante da crescente problemática do destino final que vem sendo dado aos resíduos sólidos oriundos do lixo eletrônico, envolvendo aspectos jurídicos, urbanísticos, ambientais e de saúde pública. O método de procedimento será o analítico-descritivo, sendo inicialmente realizada uma explanação sobre o consumo na sociedade contemporânea, utilizando-se de levantamentos de dados bibliográficos; em seguida, serão discutidos alguns aspectos das legislações que norteiam a política nacional de resíduos sólidos, objetivando demonstrar a inespecificidade legislativa com relação ao destino final para o e-lixo, bem como se-

ção feitas abordagens com relação à coleta seletiva, logística reversa e reciclagem desses resíduos. Preliminarmente, observa-se que a gestão do lixo eletrônico vem sendo objeto de pesquisas e políticas públicas voltadas para a preservação ambiental, principalmente nos países desenvolvidos. Mas, essa temática não vem recebendo um tratamento adequado no Brasil, havendo carências de informações e estudos que abordem o problema com maior atenção e profundidade, como também inexitem discussões mais propositivas sobre políticas públicas direcionadas para tais resíduos.

Finalizamos esta introdução parafraseando a expressão proposta por Bauman (2001, p. 39 et seq.), reafirmando que a "globalizante modernidade líquida" deixou para trás a sociedade de produtores por uma de consumidores, onde o que predomina é a produção de resíduos sólidos (lixo), fazendo com que os projetos humanos causassem a desordem e o caos no "admirável mundo líquido". Com efeito, desde 2013 que a Organização Internacional do Trabalho (OIT), por meio do relatório "*O impacto global do lixo eletrônico: lidando com o desafio*", alertava que boa parte do e-lixo exportado para as nações em desenvolvimento era enviado ilegalmente e acabavam chegando a países⁴⁷ possuidores de reciclagens informais e desprovidos de legislações voltadas para tais resíduos (OIT, 2013).

47. Um relatório do *Greenpeace*, oriundo de uma pesquisa realizada no ano de 2008, descreve que em Gana e regiões da Índia, Nigéria e China, equipamentos eletrônicos antigos e defasados chegam de barco em ambientes não regulamentados e, muitas vezes, não monitorados, onde são queimados para separar o plástico dos metais mais valiosos, sendo os subprodutos de pouco ou nenhum valor lançados em fossos próximos. De maneira que a ameaça das toxinas escaparem é uma realidade, visto que 80% das crianças de Guiyu, região da China conhecida pela recepção de eletroeletrônicos recicláveis, tem níveis altíssimos de chumbo no sangue, devido às toxinas encontradas nesses resíduos (VAL, 2011).

Realmente, o mundo globalizado recomenda uma política de eliminação dos resíduos sólidos, com cada país cuidando do destino final que será dado ao seu próprio lixo, sendo a retirada do seu espaço territorial, através da exportação para países como a China, Índia, Nigéria, entre outros, a prática que vem sendo adotada recorrentemente pelos países mais desenvolvidos, como Estados Unidos, Japão, nações da União Européia etc. Porém, há uma forte tendência para que essa situação seja alterada, devido ao fato da China, principal nação importadora de resíduos sólidos, ter anunciado oficialmente que ainda neste ano de 2018 deixará de importar parte desses resíduos, incluindo o lixo eletrônico (BBC BRASIL, 2017). De modo que a medida apresentada por Pequim desencadeou uma preocupação generalizada nos países exportadores, situação esta que será analisada neste primeiro tópico.

1. Sociedade de consumo e lixo eletrônico

Na sociedade contemporânea, as relações de trabalho e produção convergem para o consumo dos variados objetos e serviços disponíveis, com as opções sendo evidenciadas a partir das classes sociais a serem consideradas como destinatárias. De maneira que a lógica econômica vem afastando o ideal de permanência, dando lugar ao efêmero, com predomínio do consumo de massa, ressaltando-se que os progressos científicos e as novas tecnologias de comunicação são fatores decisivos para o estabelecimento de uma ordem econômica caracterizada por modismos, traduzidos por meio do gosto dominante pelas novidades. Nesse sentido, lembramos que em 1949 Orwell lança o livro "1984", como um exemplo profético da forma que a tecnologia iria surgir no mundo, recuso este que seria de grande valor para as gerações futuras. De fato, esse texto já tratava do que na época atual chama-

mos de "tecnologia de informação"; ou seja, de acordo com Orwell (1983, passim), o aparelho tecnológico denominado de 'teletela' "[...] que podia enviar e receber imagens, simultaneamente, entre cada residência de um flutuante Grande Irmão, seria crucial para o vasto império erigido na Oceania [...]. A 'teletela' permitia a monitoração de cada palavra e ato numa imensa rede de informações".

Ao analisar a produção das mercadorias de maior rotatividade de consumo, Touraine (2002, p.149-158) e Lyotard (2002, p.3-5) entendem que esse empreendimento vem sendo norteado por funções que envolvem saber, ciência, conhecimentos específicos, métodos e planejamento. De fato, em virtude dos avanços tecnológicos e da racionalidade instrumental científica inerente às grandes empresas, há um certo predomínio das mercadorias relacionadas com os sistemas virtuais. De modo que a ampla produção de lixo eletrônico no cotidiano é uma dissonância exteriorizada por contradições intrínsecas aos princípios norteadores presentes na atual sociedade, impulsionada pelos clássicos motores representados pela ciência, tecnologia, indústria e consumo. A partir deste entendimento, observa-se que os riscos existentes na questão socioambiental dos resíduos urbanos decorrentes de produtos eletroeletrônicos implicam numa necessária reflexão crítica sobre os efeitos edificados nas próprias ações modernizadoras da sociedade industrial, especialmente em suas relações históricas de continuidades, descontinuidades e fragmentações.

No decorrer deste século XXI, o governo federal brasileiro vem implementando projetos objetivando a reciclagem de computadores, enfatizando-se o "*Computadores para Inclusão*", posto em prática inicialmente no Rio de Janeiro e no Distrito Federal, envolvendo a construção de centros de condicionamento e reciclagem, voltados para a captação de componentes de máquinas descartadas e capacitação de pes-

soal de baixa renda para trabalhar com *hardware* e *software*, bem como para servir de fonte fornecedora de equipamentos para programas de inclusão digital. Existem igualmente outras iniciativas direcionadas para o aproveitamento social do material de informática descartado: o "*MetaReciclagem*", movimento descentralizado que defende a autonomia tecnológica no *hardware* e *software*; e a "*Campanha MegaAjuda*", da regional de São Paulo do Comitê para Democratização da Informática (CDI), que vem coletando microcomputadores doados e destinando-os às Escolas de Informática e Cidadania de sua rede (CORNILS; COUTO, 2009). Porém, mesmo existindo programas governamentais e algumas empresas especializadas imbuídas nas políticas de coleta e reciclagem de equipamentos eletroeletrônicos, o número deixa a desejar, quando confrontado com a crescente elevação desses produtos no mercado.

Segundo dados das Nações Unidas, fabricantes chineses e de Hong Kong importaram 7,3 milhões de toneladas de resíduos sólidos para reciclagem em 2016, sendo esse material oriundo principalmente de países como Japão, EUA e nações da União Européia (FONTDEGLÓRIA, 2018). Ressalte-se, ainda, que o Brasil igualmente participou dessa importação em 2017, conforme informações veiculadas pelo Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio (BRASIL, 2018). Todavia, esse fluxo de desenvolvimento tem fortes tendências de ser alterado a partir deste ano de 2018, já que a China decidiu deixar de receber parte desse material. De acordo com Pequim, o objetivo principal é proteger o meio ambiente do país do "lixo sujo e perigoso" que vinha sendo importado; além do mais, as autoridades chinesas também dizem que a produção nacional já é suficiente para atender a demanda interna. De forma que, em julho de 2017, o governo chinês comunicou que a partir de 2018 estaria proibida a importação de determinados tipos de materiais para recicla-

gem, incluindo nesse rol o lixo eletrônico, tendo como consequência a preocupação por parte de vários países do mundo.

Diante do pânico global provocado pelo anúncio da China, a Organização Mundial do Comércio (OMC), juntamente com os países exportadores, apelaram a esta nação, propondo que tal iniciativa fosse adiada e que houvesse um “período de transição” de cinco anos. De modo que as negociações continuam, porém, Pequim vem se mostrando irreduzível, exteriorizando assim a sua influência na dependência mundial para o manejo dos resíduos sólidos, mesmo considerando os dados da ONU, informando que o comércio desses produtos com a China e Hong Kong movimentaram US \$ 21,6 bilhões em 2017, sendo a União Européia e os Estados Unidos os principais exportadores. Logo, atualmente as empresas dos países exportadores enfrentam o desafio de encontrar o que fazer com o material reciclável quando a proibição começar a vigorar (BRUNET, 2017). Enfim, o que acontecerá com o volume de resíduos recicláveis, incluindo o e-lixo, que a China deixará de receber? Portanto, diante dessa complexa problemática, acreditamos que o atual ano de 2018 será decisivo para a indústria de reciclagem.

No próximo tópico, serão analisadas alternativas viáveis para o enfrentamento do problema do lixo eletrônico.

2. Inespecificidade legal quanto ao destino final do e-lixo: reciclagem, coleta seletiva e logística reversa

Com a Lei nº 12.305/10, que disciplina a Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS), houve o reconhecimento do resíduo sólido como um bem capaz de ser reutilizável e reciclável, bem como da responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos, conforme preconiza o art. 6º, in-

cisos VII e VIII, dessa legislação. Ademais, esta lei estabelece como instrumentos políticos norteadores a coleta seletiva, os sistemas de logística reversa e a reciclagem, com previsão no art. 8º, incisos III e VI, podendo estes mecanismos serem materialmente utilizados no âmbito da problemática do e-lixo (MIGUEZ, 2012). Mas, na PNRS inexistente uma contemplação normativa específica para este tipo de resíduo, havendo apenas previsões quanto à responsabilidade da cadeia envolvida na produção, consumo e descarte, no intuito de que sejam apresentadas soluções para o destino final desses resíduos, incluindo pilhas, baterias, produtos eletroeletrônicos, entre outros, como esclarece o art. 33, incisos II e III dessa lei.

Em conformidade com o Greenpeace, 50% a 80% do lixo para reciclagem dos Estados Unidos vem sendo exportado para Índia, China e Nigéria. Nessa conjuntura, denúncias alertam para as péssimas condições de trabalho nestes países, onde em seus lixões pessoas são submetidas ao contato direto com todos os tipos de resíduos eletrônicos, sendo expostas aos variados elementos tóxicos e perigosos presentes nesses lugares. Neste sentido, Consuelo Bilbao (2012), ativista e Coordenadora da Unidade Política do Greenpeace no Brasil, ao comentar o descaso das Comissões de Indústria, Meio Ambiente e Orçamento da Câmara dos Deputados para com a elaboração de uma legislação específica para resíduos eletroeletrônicos, enfatiza que:

O lixo eletrônico cria uma bomba que deve ser desativada, pois é extremamente perigosa para o meio ambiente e saúde das pessoas. Precisamos ter uma lei que obrigue a separação do lixo eletrônico dos outros resíduos domésticos; dessa forma os componentes eletrônicos poderão ser reciclados e as empresas serão responsáveis pela gestão dos dispositivos após o final da vida útil.

Nessa mesma linha de pensamento, o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) reitera a inespecificidade da legislação brasileira quanto ao destino final do e-lixo, pois de acordo com este órgão, desde 2009 que alguns Grupos de Trabalho vêm apresentando “Propostas de Minutas de Resoluções” sobre a matéria dos resíduos oriundos de equipamentos eletroeletrônicos, estando as mesmas ainda em processo de tramitação; além disso, o CONAMA ressalta que o reaproveitamento desses resíduos em geral vem sendo feito por Organizações Não-Governamentais (ONGs) e a reciclagem, ainda de forma tímida, pela iniciativa privada (BRASIL, 2018).

Em resumo, a PNRS suscita apenas possibilidades para que os componentes descartados sejam reinseridos na cadeia produtiva, por meio de uma das modalidades de logística reversa, inclusive com a participação do Poder Público, como bem explicita os arts. 13, 15, 18 e 20 do Decreto nº 7.404/10, que regulamenta a Lei nº 12.305/10. Com efeito, esse é um propósito de formalização legal que concretamente não vem sendo realizado pelos fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes de produtos cujo descarte resulte na geração de lixo eletroeletrônico, que é um resíduo sólido considerado perigoso, conforme as disposições legais do art. 7º, inciso V e art. 13, inciso II, alínea “a”, bem como do art. 33, incisos II e VI, da referida legislação.

Tecnologicamente, os equipamentos eletroeletrônicos são formados por módulos básicos, geralmente compostos por placas e circuitos impressos, cabos, plásticos antichama, comutadores e disjuntores de mercúrio, aparatos de visualização (telas de *Cathodic Ray Tube* - CRT e de *Liquid Cristal Display* - LCD), pilhas, baterias, meios de armazenamentos de dados, dispositivos luminosos, condensadores, resistências, relês, sensores e condensadores. Com relação aos aspectos ambientais e da saúde humana, os componentes mais problemáticos presen-

tes nesses resíduos são os metais pesados, gases de efeito estufa, como o clorofluorcarbonetos (CFC), as substâncias halogenadas, bifenilas policloradas, brometos e o arsênio. Nos vazadouros a céu aberto ou aterros controlados, os metais tóxicos oriundos do lixo eletrônico, em contato com outras substâncias, podem contaminar o meio ambiente. Nos seres humanos, elementos tóxicos provenientes dos equipamentos eletrônicos, como cádmio, mercúrio, berílio, chumbo, cromo hexavalente, entre outros que estão presentes, por exemplo, nos computadores e em celulares, podem causar estados patológicos que vão desde as dores de cabeça até problemas hormonais, ósseos, renais e pulmonares, seguindo-se por danos aos sistemas sanguíneo, nervoso e reprodutivo, até o surgimento de vários tipos de neoplasias malignas (GROSSMAN, 2006).

No Brasil, o Estado de São Paulo é o maior produtor de lixo eletroeletrônico, contudo, dados da Companhia Ambiental do Estado de São Paulo (CETESB) demonstram que ainda não há uma política de atuação direta no combate ao descarte desses materiais, haja vista que apenas em agosto de 2017 o poder público e algumas empresas firmaram um "Termo de Compromisso para Logística Reversa", com a instalação de coletores destinados ao recolhimento desse tipo de resíduo, porém em quantidade insuficiente para a realidade desse Estado (SÃO PAULO, 2017). De acordo com a Secretaria Municipal de Serviços, órgão responsável pela coleta do lixo na cidade de São Paulo, não há funcionários ou equipamentos específicos para fazer a separação entre o e-lixo e os demais resíduos sólidos; logo, o destino de um computador colocado junto a sacos de lixo é o aterro sanitário, que no caso da capital paulista é estruturado com mantas que evitam o vazamento de substâncias tóxicas (chorume) para o solo e a consequente contaminação dos lençóis freáticos, em observância ao art. 54 da Lei nº 12.305/10. Todavia, aconte-

ce que na maioria das cidades brasileiras o que existe são os aterros comuns (ou controlados) ou os lixões a céu aberto, que do ponto de vista prático são semelhantes, não dispondo das referidas mantas (MOREIRA,2015; PRS,2017).

Evidencia-se, assim, que são poucas as empresas brasileiras especializadas no reaproveitamento do lixo eletrônico; tome-mos como exemplo a *Oxil*, situada no interior de São Paulo, que foi uma das pioneiras no país na manufatura reversa de lixo eletrônico, com crescente elevação dessa atividade desde 2006 (OXIL, 2017). A *Cooperativa Coopermiti* igualmente encontrou nos resíduos advindos de produtos eletrônicos uma alternativa lucrativa, recebendo o e-lixo em sua sede, a "Casa Verde", e em postos espalhados pela cidade de São Paulo, sendo praticamente todo material por ela reaproveitado absorvido pelo mercado interno (COOPERATIVA COOPERMITI, 2017).

Com relação à Coleta Seletiva com lixo eletrônico, o Paraná é um dos Estados brasileiros precursores desta forma de atividade, estando esta iniciativa amparada pela Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81), que trata das garantias adequadas para o destino dos resíduos sólidos não-orgânicos. A *Companhia de Tecnologia da Informação e Comunicação do Paraná - Celepar*, é a mais antiga empresa governamental com atuação nessa área, criada por meio da Lei Estadual nº 4945/1964 e tem sua sede em Curitiba, atendendo a toda estrutura da administração estadual por intermédio de seus núcleos regionais (PARANÁ, 2017). Mais especificamente com relação ao lixo eletrônico, em determinados dias da semana a Celepar vêm recolhendo materiais recicláveis específicos (computadores, televisores, telefones celulares etc.) para posterior reaproveitamento. Além dessa ação, desde 2016 que essa empresa vem fixando coletores de lixo eletrônico, sendo estes resíduos reciclados por uma empresa especializada, com certificado internacional de responsabilidade (PARANÁ, 2017).

Por sua vez, a Logística Reversa envolve as atividades de coletar materiais utilizados, danificados ou até mesmo devolvidos, produtos fora de validade etc., transportando-os do ponto do consumidor final até o revendedor. Nessa ótica, Leite (2017, p.21) entende que existem dois tipos de canais de distribuição, definidos como de pós-venda e pós-consumo: no primeiro, os produtos retornam à cadeia de suprimentos devido ao término da validade, excesso de estoques, problemas de qualidade, entre outros motivos; no segundo, na condição de destinação final, podem ser enviados para os mercados secundários, reforma, desmanche, reciclagem dos produtos e de seus componentes ou mesmo encaminhado para disposição final. Com efeito, a logística reversa possibilita o desagravo dos impactos ambientais causados por esses resíduos, como também a eficiência e sustentabilidade das operações realizadas no cotidiano.

Observa-se, desse modo, que o simples descarte dos equipamentos eletroeletrônicos obsoletos significa um desperdício de recursos de valor econômico, pois existem metais nos microprocessadores, nas memórias e nos circuitos integrados que podem ser reaproveitados, de forma que essas formas alternativas de reaproveitamento contribuem para solucionar os problemas de gestão desses resíduos, tanto do ponto de vista econômico como do ambiental.

Conclusões

Com as análises realizadas neste estudo, observou-se que a sociedade contemporânea se tornou o cenário onde práticas sociais se sobrepõem ao mundo da produção, com a esfera do consumo passando a ser o campo privilegiado para uma melhor compreensão das mudanças sociais que vêm ocorrendo nessas décadas iniciais do presente século. De maneira que, preliminarmente, concluiu-se pela necessidade de discussões

e reflexões sobre a forma com que a sociedade vem construindo as suas relações com o lixo que produz, ao conceber a natureza apenas como um estoque de recursos.

Foi igualmente compreendido que os desafios enfrentados atualmente pelos países que dependem da China para resolver seus problemas ambientais, são realidades concretas que nos despertam sobre a oportunidade de pensar em novos programas de reciclagem e em novas formas de utilizar as toneladas de lixo eletrônico que são descartados no cotidiano em que habitualmente vivemos.

Concluiu-se, também, que no atual no sistema global de geração e consumo da indústria eletroeletrônica, o descarte dos resíduos mais impactantes e prejudiciais ao meio ambiente e à saúde humana são direcionados aos países destacados no decorrer do texto, certamente devido à fragilidade das legislações ambientais e trabalhistas, onde a recorrente insatisfação das necessidades humanas fundamentais vem servindo de justificativa para tais práticas. De forma que essa situação é preocupante, devido à precariedade das atuais políticas de gestão dos resíduos eletroeletrônicos e à ausência de informações sobre os potenciais riscos ambientais e a saúde pública. Além do mais, a visível ausência de normatização específica quanto à destinação e responsabilidade por tais resíduos, faz com que o fluxo dos produtos eletroeletrônicos envolvendo os atores que constituem a cadeia pós-consumo ocorra sem um eficiente controle, observando-se assim a premente necessidade de um efetivo gerenciamento da referida cadeia, especialmente no sentido de disciplinar os riscos relacionados com o meio ambiente e com a saúde humana.

No Brasil, a existência de algumas normas parece não ser suficiente para amenizar tal problemática, principalmente devido ao fato da vigente PNRS não contemplar especificamente a matéria do destino final dos resíduos resultantes dos

equipamentos eletroeletrônicos, com o país presenciando um lento processo de tomadas decisões no sentido de solucionar essa insustentável situação. No Congresso Nacional existem projetos em andamento que tratam do lixo eletrônico como resíduo reverso, responsabilizando notadamente os fabricantes pelo manejo desses resíduos antes da disposição final; sendo que essas iniciativas enfrentam resistências, em particular por parte das próprias indústrias, tendo em vista que este setor terá que arcar com grande parte dos custos. De modo que a regulamentação normativa é extremamente necessária, sobretudo, para oferecer uma solução viável para um problema que cresce a cada dia, como também tem sua pertinência devido ao atraso em que a legislação brasileira se encontra sobre essa matéria.

Por fim, apresenta-se como alternativa para o relevante problema do destino final a ser dado para o lixo eletroeletrônico, a inserção de ações mais propositivas por parte do Poder Público, inclusive em observância formal aos dispositivos legais previstos na PNRS, no intuito de que sejam materialmente aplicados. Além disso, o Poder Público deveria igualmente adotar medidas visando incentivar atividades de caráter educativo e pedagógico, em parceria com o setor privado e a sociedade civil organizada; até porque, a educação ambiental no âmbito da gestão dos resíduos sólidos é parte integrante da PNRS, objetivando o aprimoramento de conhecimentos, valores, comportamentos e estilos de vida, sempre buscando práticas ambientalmente corretas. Enfim, acreditamos que o principal desafio do Brasil é implantar políticas de responsabilização para a destinação adequada de resíduos oriundos de lixo eletroeletrônico, sendo a coleta seletiva, a logística reversa e a reciclagem, alternativas viáveis a serem utilizadas mais frequentemente para a destinação sustentável e ambientalmente correta desse tipo de resíduo.

Referências

AGUIAR, Andrey. Desperdício: apenas 20% de todo lixo eletrônico é reciclado. **Tec Mundo : mobilidade urbana/smart cities**, 2017. Disponível em : < <https://www.tecmundo.com.br/mobilidade-urbana-smart-cities/125325-desperdicio-20-lixo-eletronico-reciclado-mundo.htm> >. Acesso em : 10 mar. 2018.

ALHAIJ, Zeina. Contaminação de ponta: um estudo da contaminação ambiental pela fabricação de produtos eletrônicos. **Greenpeace Internacional**. Rio de Janeiro, 2007. Disponível em : < <http://www.greenpeace.org/electronicproductionreport> >. Acesso em : 10 mar. 2018)

BRITISH BROADCASTING CORPORATION – BBC . Por que a China quer deixar de ser a ‘lixreira do mundo’ e como isso afeta outros países. **BBC Brasil**. São Paulo, 18 jul. 2017. Disponível em : < <https://www.msn.com/pt-br/noticias/meio-ambiente/por-que-a-china-quer-deixar-de-ser-a-lixreira-do-mundo-e-como-isso-afeta-outros-pa%C3%ADses/arAAuIhB0?li=AAggV10&%3Bocid=WidgetStore.>> Acesso em : 15 jan. 2018.

_____. Países pobres são destino de 80% do lixo eletrônico de nações ricas. **BBC Brasil**. São Paulo, 18 jan. 2013. Disponível em : < http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/01/130118_lixo_eletronico_bg.shtml >. Acesso em : 20 fev. 2018.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco** : rumo a outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo : Ed. 34, 2010.

BILBAO, Consuelo. Bomba-relógio de resíduos eletrônicos.

Greenpeace Brasil. Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: < <http://www.greenpeace.org/brasil/pt/Blog/bomba-relogio-dos-residuos-eletronicos/blog/42562/> >. Acesso em: 20 mar. 2018.

BRASIL, Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei nº9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, DF, 3 de ago. 2010.

_____, Decreto nº 7.404, de 23 de dezembro de 2010. Regulamenta a Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; cria o Comitê Interministerial da PNRS e o Comitê Orientado para a Implantação dos Sistemas de Logística Reversa; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, DF, 23 de dez. 2010.

_____. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio. **Relatório de atividades**. Brasília, DF, 2018. 35 p.

_____. Ministério do Meio Ambiente. Conselho Nacional do Meio Ambiente. CONAMA . **Resíduos de equipamentos eletroeletrônicos : Processo nº 02000.002055/2009-26**. Brasília, DF. 2018. Disponível em : < <http://www.mma.gov.br/port/conama/processo.cfm?processo=02000.002055/2009-26> >. Acesso em : 15 fev. 2018.

BRUNET, Arnaud. **Bureau of International Recycling (BIR)** : warns of “devastating effect” of Chinese import

ban. Bruxelas, 20 jul. 2017. Disponível em : < <https://www.euwid-recycling.com/news/business/single/Artikel/bir-warns-of-devastating-effect-of-chinese-import-ban.html>>. Acesso em : 15 jan. 2018.

CATÃO, Marconi do Ó. **Política Nacional de Resíduos Sólidos e Necessidades Fundamentais**. Rio de Janeiro : Multifoco (Ágora 21), 2017.

COMITÊ PARA DEMOCRATIZAÇÃO DA INFORMÁTICA - CDI . Rio de Janeiro, Brasil, 2017. Disponível em : < <https://www.changemakers.com/pt-br/discussions/entries/cdi-comit%C3%AA-para-democratiza%C3%A7%C3%A3o-da-inform%C3%A1tica>>. Acesso em: 21 fev. 2018.

COOPERATIVA DE GESTÃO DE EQUIPAMENTOS ELÉTRICOS E ELETRÔNICOS - COOPERMITI, 2017. Disponível em : <<http://www.coopermiti.com.br/servicos/>> . Acesso em : 25 fev. 2018.

CORNILS, P.; COUTO, C. Para onde *vai o lixo*. **Revista A REDE**. Ed. 49. Jun. 2009. Disponível em: <<http://www.aredo.inf.br/inclusao/edicao-atual>>. Acesso em 15 mar. 2018.

FONTDEGLÓRIA, Xavier.**China não vai mais reciclar plástico de outros países**. Disponível:<https://brasil.elpais.com/brasil/2018/01/05/internacional/1515145196_165569.html> . Acesso em : 20 fev. 2018.

GROSSMAN, Elizabeth. **High Tech Trash**: digital devices, hidden toxics, and human health. Washington DC : Island Press, 2006.

LEITE, Paulo Roberto. **Logística reversa**: meio ambiente e competitividade. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LYOTARD, Jean-François. **Condição pós-moderna**. Trad. Ricardo Corrêa Barbosa. 7. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2002.

MOREIRA, Vera. Lixões ainda fazem parte da realidade do Brasil. **Organics News Brasil** : estilo de viver sustentável. Disponível em: < <https://organicsnewsbrasil.com.br/meio-ambiente/especial-lixoes/lixoes-ainda-fazem-parte-da-realidade-do-brasil-2/> .> Acesso em: 4 mar. 2018.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO - OIT. **Nações Unidas no Brasil** : ONU-BR. Trabalho decente, 2013. Disponível em:< <http://www.ilo.org/brasil/temas/trabalho-decente/lang--pt/index.htm>. > Acesso em: 4 mar. 2018.

ORWELL, George. **1984**. London : Plume, 1963.

OXIL.Manufatura reversa de eletroeletrônicos. **Este Ambiental : Head Logística**.Disponível em :< <http://www.headlogistica.com.br/oxil-conta-com-servicos-da-head-na-logistica-reversa-de-lixo-eletronico/> >. Acesso em : 21 fev. 2018.

PARANÁ (Estado).Companhia de Tecnologia da Informação e Comunicação do Paraná -CELEPAR. **Sustentabilidade : Ações Ambientais 2017**. Paraná, PR , 2017. Disponível em: <<http://www.celepar.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=637> > . Acesso em : 25 fev. 2018.

PORTAL RESÍDUOS SÓLIDOS - PRS. Situação atual dos resíduos sólidos no Brasil.Disponível em: < <http://>

www.portalresiduossolidos.com/situacao-atual-dos-rs-no-brasil/#more-7307. >Acesso em: 4 mar. 2018.

MIGUEZ, Eduardo Correia. **Logística reversa como solução para o problema do lixo eletrônico**. Rio de Janeiro : Qualitymark, 2012.

SÃO PAULO (Estado). Companhia Ambiental do Estado de São Paulo – CETESB. **Lixo eletrônico: Estado e empresas unidos no descarte correto do lixo eletrônico**. São Paulo, SP, out. 2017. Disponível em: <http://cetesb.sp.gov.br/blog/2017/10/23/estado-e-empresas-unidos-no-descarte-correto-do-lixo-eletronico/>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

TOURAINÉ, Alain. **Crítica da modernidade**. Trad. Elia Ferreira Edei. 7. ed. Petrópolis : Vozes, 2002.

Plano guanabara limpa: a realidade da baía de guanabara após os jogos olímpicos de 2016

Tatiana Fernandes Dias da Silva

Introdução

A Baía de Guanabara, maior baía localizada no Estado do Rio de Janeiro, é cercada ao norte pela Serra dos Órgãos e pelo Maciço do Tinguá, a leste pelas elevações da Serra do Sambê e Botija, a oeste pelos maciços do Mendanha e Gericinó e ao sul por maciços costeiros (ZEE. 2000). Rodeada por 16 municípios, possui uma área total de 346 km², sendo desses, 59 km² de ilhas e ilhotas, e uma área de bacia hidrográfica de 4.000 km².

As margens da bacia da Baía existem potencialmente cerca de 6.000 indústrias poluidoras, dessas 52 são responsáveis por 80% da poluição industrial de suas águas, incluindo duas refinarias (Refinaria de Duque de Caxias (REDUC), da Petrobrás, e outra do Grupo Peixoto de Castro), dois portos, o Porto do Rio de Janeiro, que se localiza na costa oeste da Baía

de Guanabara e sofreu revitalização, em 2010, com o Programa denominado Porto Maravilha da prefeitura da cidade do Rio de Janeiro e o Porto de Niterói, situado na costa leste da Baía de Guanabara, diversos estaleiros, além da ocupação desordenada (MESQUITA. 2017).

Desde a década de 70 do século passado o poder público implementou alguns planos para diminuir a degradação da mesma, mas todos restaram infrutífero devido à má gestão pública. Em 18 de abril de 2011, através do governador na ocasião em exercício, Sérgio Cabral, foi sancionado o Decreto n. 42.930, que instaurou o Programa Estadual Pacto pelo Saneamento, o objetivo era universalizar no estado o acesso ao sistema de saneamento básico, minimizando os impactos negativos decorrentes da inexistência de tais sistemas sobre a saúde da população, o meio ambiente e as atividades econômicas. O projeto seria realizado por meio da ação integrada entre o governo estadual e os governos municipais, sob a coordenação da Secretaria de Estado do Ambiente (SEA), com a participação da Companhia Estadual de Águas e Esgotos (CEDAE) e dos Comitês de Bacias Hidrográficas, cabendo ao Instituto Estadual do Ambiente (INEA) o papel de órgão normativo de licenciamento ambiental e fiscalizador dos sistemas de saneamento básico objeto do pacto.

O Programa envolveu as secretarias estaduais do Ambiente, da Agricultura e Pecuária e de Obras, a Companhia Estadual de Águas e Esgotos e a Fundação Nacional de Saúde (FUNASA), e foi integrado prioritariamente pelos seguintes subprogramas: [Rio + Limpo](#) e [Lixão Zero](#).

O Plano Guanabara Limpa foi implantado em 2012 pela Secretaria de Estado Ambiental (SEA) através de seu antigo secretário Carlos Minc, com a finalidade de sanear e recuperar ambientalmente as águas da Baía de Guanabara para sediar as competições aquáticas dos Jogos Olímpicos de 2016,

que ocorreram de 05 a 21 de agosto. O objetivo era alcançar o compromisso Olímpico firmado com o Comitê Olímpico Internacional (COI) de despoluir a baía em 80% até 2016.

O programa abrange três importantes iniciativas: Programa de Saneamento dos Municípios do Entorno da Baía de Guanabara (PSAM), criado em 18 de abril de 2011, pelo Decreto n. 42.391, com recursos para obras fruto do financiamento com o Banco Interamericano de Desenvolvimento no montante de US\$ 451,980 milhões e de contrapartida do governo do Estado do Rio de Janeiro, no valor de US\$ 187,570 milhões, o Programa Sena Limpa, desenvolvido por intermédio de uma parceria entre o governo estadual, a CEDAE e a prefeitura do Rio, além da ampliação do Sistema de Esgoto da Alegria, que ficou a cargo da CEDAE e da Secretaria de Estado de Obras (SEOBRAS).

Contudo, um estudo encomendado pelo COI à Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), através do Instituto Alberto Luiz Coimbra de Pós-Graduação e Pesquisa de Engenharia (COPPE), divulgado no 2º Seminário “Baía da Guanabara: situação atual e perspectivas para os Jogos Rio 2016”, realizado no próprio instituto, no dia 10 de fevereiro de 2015, constatou que a promessa de despoluição de 80% da baía para os Jogos Olímpicos de 2016 só deveria ser cumprida no ano de 2026, apesar de os governos municipal e estadual terem garantido ao COI que a meta de despoluição para 2016 estaria mantida.

As ações de despoluição praticadas pelo ente público até o início dos Jogos não conseguiram alcançar a meta estabelecida no dossiê apresentado ao Comitê, em 2008, ano da candidatura da cidade do Rio de Janeiro para sediar as Olimpíadas.

1. Plano guanabara limpa

O Programa de Saneamento Ambiental dos Municípios do Entorno da Baía de Guanabara, que é uma das iniciativas

do Plano Guanabara Limpa, foi criado, em 18 de abril de 2011, pelo Decreto nº 42.931. A norma instituiu a Unidade Executora de Programa (UEPSAM), instância administrativa, técnica e financeira, com unidade orçamentária própria, que foi incumbida de planejar e executar o PSAM, assim como de ser o órgão interlocutor do plano junto ao BID.

O PSAM teve por objetivo gerar melhoria ambiental e qualidade de vida a população residente nos municípios do entorno da Baía de Guanabara. Para que isso ocorresse foram necessárias três frentes de atuação denominadas de Componentes, que são: Obras e Projetos de Engenharia; Ações de Fortalecimento Institucional de Órgãos Estaduais e Ações de Sustentabilidade das Políticas Municipais de Saneamento.

O primeiro Componente, Obras e Projetos de Engenharia, teve por propósito a construção de Estação de Tratamento, a implantação de redes coletoras, a inserção de coletores tronco, estudos de concepção, diagnóstico para reabilitação de redes existentes e a elaboração de projetos executivos.

Neste Componente iniciou-se as obras para a construção do tronco coletor da Cidade Nova, na cidade do Rio de Janeiro e do Sistema de Esgotamento Sanitário de Alcântara, no município de São Gonçalo.

A construção do tronco coletor da Cidade Nova teve sua efetivação a cargo do Consórcio CT Cidade Nova (Construtora Passarelli Limitada (LTDA) e CTL Engenharia LTDA) que ganhou o procedimento licitatório, em 2014, celebrando contrato, em 2015, com a SEA e UESPAM, no valor de R\$ 81.444.299,25. O empreendimento consistiu na instalação de 4,377 km de coletor tronco para a captação do esgoto que é lançado diretamente no Canal do Mangue, e sua destinação adequada para tratamento na Estação de Tratamento de Esgoto de Alegria (ETE Alegria), este coletor tronco capta-

rá o esgoto sanitário dos bairros do Centro, Catumbi, Rio Comprido, Estácio, Santa Teresa e parte da Cidade Nova.

Tanto o tronco coletor da Cidade Nova quanto o Sistema de Esgotamento Sanitário de Alcântara tiveram suas obras desmobilizadas, em 31 de maio de 2017, após a suspensão do PSAM, que ficou em análise na Comissão de Financiamentos Externos do Ministério do Planejamento e Gestão (COFIEIX).

Segundo o governo estadual, 163 mil pessoas seriam beneficiadas e haveria a redução de 700 litros de esgoto por segundo lançados na Baía de Guanabara. Em 31 de outubro de 2017, havia sido implantado coletor tronco com 1.824 metros de tubos cravados, equivalendo a 42% de avanço físico, ainda houve a inserção do coletor tronco entre os PVs 12B-12, no trecho da rua Francisco Bicalho, situada entre os bairros de Santo Cristo e São Cristóvão, Zona Central do Rio de Janeiro. A partir de 01 de novembro de 2017 as obras foram remobilizadas, mas a retomada plena ocorreria apenas após definição de continuidade do PSAM, pleito que está em análise pelas autoridades estaduais e federais competentes.

No final de 2017, especificamente em 31 de dezembro, tinha-se 2.043 metros de tubos de coletor tronco inseridos, o que representava 47% de avanço físico na construção.

A concepção do Sistema de Esgotamento Sanitário de Alcântara ficou a cargo do consórcio SAG (Servenge Civilsan S.A., Acciona Água S.A. e Goetze Lobato Engenharia LTDA), que venceu a licitação internacional, em 2013, firmando contrato, em 2014, com a SEA e UESPAM, no valor de R\$ 354.962.332,34. A meta era a construção da Estação de Tratamento de Alcântara e da Elevatória de Alcântara, o assentamento de 92 km de redes, 6 km de coletores tronco, 6 elevatórias de pequeno porte e a elevatória Yamagata. As obras contemplariam 17.400 ligações intradomiciliares, nos bairros Mutondo e Galo Branco, ambos nem São Gonçalo,

e a destinação do esgoto doméstico para a futura estação de tratamento de Alcântara, para tratamento adequado. A população beneficiada seria em torno de 165 mil habitantes, o poder público previa uma redução de 1.200 litros por segundo de esgoto lançado na Baía de Guanabara.

Desde 31 de maio de 2017 as obras foram parcialmente desmobilizadas e suspensas, por 120 dias, em 01 de setembro de 2017. Segundo informações da página oficial do PSAM, até então cerca de 44 km de redes coletoras haviam sido assentadas e 5.185 ligações domiciliares concluídas. A Estação de Tratamento de Alcântara estava com 29% de avanço físico em suas obras.

O Componente 2, Ações de Fortalecimento Institucional de Órgãos Estaduais teve o apoio do INEA para otimizar a capacidade de gestão de projetos, o monitoramento da qualidade das águas da Baía de Guanabara e o suporte ao desenvolvimento do sistema de regulação de serviços de saneamento do Estado do Rio de Janeiro. Esse subprojeto foi dividido em 15 etapas: Equipamentos de mediação de vazão de rios, implantação do sistema gerencial da SEA, diagnóstico para o monitoramento e avaliação dos efluentes industriais, equipamentos para o laboratório do INEA, capacitação para UEPSAM, implantação dos processos digitais para o licenciamento e a fiscalização do INEA, melhorias para o monitoramento da qualidade dos corpos hídricos, programa de melhoria do laboratório do INEA para análise da qualidade da água, melhoria para gestão estratégica do INEA, fortalecimento institucional da CEDAE para adequação a lei nacional de diretrizes para o saneamento básico (Lei n. 11.445, de 05 de janeiro de 2007), desenho da estratégia para a gestão dos lodos produzidos nas Estações de Tratamento da CEDAE na área de abrangência do PSAM e sua devida implementação, programa de melhoria da eficiência na gestão comercial

e operacional do sistema distribuidor de água da CEDAE, campanha de promoção do uso racional da água, certificação dos processos de gestão ambiental da CEDAE, estudo para ampliação da regulação dos serviços de saneamento do estado. Os sete últimos estão suspensos, uma vez que estão no aguardo da prorrogação do PSAM pelo grupo técnico da COFIEIX do Ministério da Fazenda e Planejamento.

O Componente 3, Ações de Sustentabilidade das Políticas Municipais de Saneamento, objetivou dar suporte à preparação dos planos municipais de saneamento básico para implementação da Lei Federal n. 11. 445/07(Saneamento Básico) nas cidades do entorno da Baía de Guanabara e ainda, o auxílio à modernização da gestão fiscal dos municípios, com o fim de ampliar a capacidade desses na captação de recursos para o desenvolvimento de projetos de saneamento.

Essa fase foi dividida em 12 projetos, quais sejam: esteio a elaboração dos planos municipais de saneamento básico para os municípios de Magé, Guapimirim, Tanguá, Cachoeiras de Macacu e Rio Bonito, apoio a elaboração do plano municipal de saneamento básico em Nova Iguaçu, estudos regionais visando os planos de saneamento de água e esgoto para as cidades de Mesquita, Nilópolis, São João de Meriti, Belfort Roxo e Duque de Caxias, assistência ao detalhamento das proposições de projetos e recursos relacionados com a tecnologia da informação nas cidades integrantes do PSAM, serviços de consultoria para a sustentabilidade das políticas públicas municipais de saneamento, aquisição de assinatura anual do SoftwareArcGIS-online, apoio e elaboração do plano municipal de saneamento para Niterói e Duque de Caxias, capacitações em formulação e execução de projetos nas cidades beneficiárias deste plano, apoio à elaboração dos projetos de saneamento básico de Magé, Rio Bonito, Cachoeiras do Macacu, Guapimirim e Tanguá, melhoria nos cadastros

do Imposto Territorial Urbano das cidades beneficiárias do PSAM e a implantação de nota fiscal eletrônica. As seis últimas ações deste componente foram suspensas para esperar a *apreciação da solicitação de continuidade do PSAM pelo grupo técnico da COFIEIX do Ministério da Fazenda e Planejamento*.

O PSAM de 2012 até outubro de 2017 havia tido um aporte total de U\$ 105.125.657,37, sendo que desses o BID injetou U\$ 87.956.618,45 e o governo estadual U\$ 17.169.038,92. Em janeiro de 2018, o demonstrativo consolidado de 2012 a 2017 certificava que o poder público manteve os seus gastos, mas houve um aporte de mais de U\$ 4.000.000,00 pelo BID somando a quantia de U\$ 92.037.030,87, com isso a importância integral estava em U\$ 109.206.069,79.

O programa Sena Limpa foi gerado em 2012 e seria instituído até 2014, através de uma parceria entre o governo do estado do Rio de Janeiro e a prefeitura da capital, com investimentos de R\$150 milhões. Tratava-se de um esforço conjunto entre a SEA, INEA, Companhia Estadual de Águas e Esgotos do Rio de Janeiro (CEDAE), Rio Águas e Companhia Municipal de Limpeza Urbana (COMLURB) para despoluir 6 praias do município do Rio de Janeiro, 5 delas localizadas na Zona Sul, quais sejam: São Conrado, Leblon, Ipanema, Leme, Urca e praia da Bica, situada na Ilha do Governador. O propósito era intervir no saneamento dessas praias para eliminar os lançamentos indevidos de esgotos nas galerias de águas pluviais que possuem deságue nas mesmas, com a finalidade de melhorar a balneabilidade das águas da Baía.

O poder público estadual possuía um cronograma que previa que a praia de Ipanema, até dezembro de 2012, deixaria de receber 90% da poluição proveniente do Canal do Jardim de Alah, constituída precipuamente pelas comunidades Cruzada São Sebastião, situada no bairro do Leblon, Cantagalo e Pavão/ Pavãozinho, estabelecidas entre Copaca-

bana e Ipanema, uma vez que seria desviado para o emissário de Ipanema e lançado em alto mar, a mais de 3 km da costa. A praia do Leme teria obras de instalação de redes coletoras de esgoto e retificação das galerias concluídas em junho de 2013; a da Urca, até outubro de 2013; a praia da Bica, até novembro de 2013; as de São Conrado, até dezembro de 2013; e as do Leblon, que incluía a captação de todo o esgoto de comunidades vizinhas através de rede de coleta convencional na Rua Dias Ferreira, no Leblon, na Avenida Marques de São Vicente, na Gávea, e na Av. Visconde de Albuquerque, situada no Leblon que liga o mesmo aos bairros da Gávea e Jardim Botânico, seria finalizada até dezembro de 2014.

Em 2015, após a previsão de fim do projeto, nenhuma das avaliações efetuadas pelo INEA considerou adequadas as condições de balneabilidade das praias da Bica, Urca e São Conrado. A despoluição e limpeza da praia da Bica teve um custo de R\$ 38 milhões e a mesma ainda encontra-se degradada após a conclusão do projeto, em dezembro de 2014.

Apesar do projeto Sena Limpa 1 não ter sido efetivado, o governo, em 29 de outubro de 2013, através de seu secretário do Ambiente na época, Carlos Minc, e do presidente da CEDAE, Wagner Victor, lançou o Programa Sena Limpa 2, para despoluir e melhorar as condições de balneabilidade das praias de Copacabana, Botafogo, Flamengo, essas localizadas na Zona Sul da cidade do Rio de Janeiro, o trecho Pepê-Joatinga, na Barra da Tijuca (Zona Oeste), praia da Guanabara, situada no bairro da Freguesia na Ilha do Governador, praia do Bananal, também estabelecida na Ilha do Governador e a orla da Ilha de Paquetá. Este, orçado em cerca de R\$ 200 milhões seria executado através de investimentos do Fundo Estadual de Conservação Ambiental (FECAM), da CEDAE e da prefeitura do Rio de Janeiro, com previsão de conclusão até o final de 2016.

O presidente da CEDAE, Victer, salientou na mesma entrevista concedida por Minc, que estariam previstas para serem colocadas em funcionamento, até 2016, cinco Estações de Tratamento de Esgotos (ETEs) que contribuiriam para favorecer a qualidade das águas da Baía de Guanabara, com investimento na ordem de R\$ 9 milhões.

Em 2015, a praia da Guanabara foi implantada obras de revitalização da orla e reconstrução das redes de drenagem e esgoto sanitário da região, com a instalação de uma galeria de cintura para captação de águas pluviais, mas a praia continua imprópria para banho. Quanto as obras na orla de Paquetá, até dezembro de 2017, a CEDAE não construiu o duto submarino que faria à conexão do sistema de esgotos da Ilha de Paquetá à Estação de Tratamento de Esgoto de São Gonçalo. Na Praia da Guanabara, houve somente a realização de drenagem pluvial pelo poder público municipal, na praia do Flamengo estava previsto um interceptor oceânico que ligaria o sistema de coleta de esgotos do bairro ao emissário submarino de Ipanema, o que não ocorreu.

Na praia do Pepê (única praia da Barra da Tijuca que apresenta índices ruins de balneabilidade), seria realizado um conjunto de ações sanitárias e ambientais para despoluir as lagoas da região que possuem saída para o mar ao lado do Pepê, na orla haveria correções dos lançamentos de esgotos nos corpos hídricos, a ampliação de redes de coleta de esgotos pela CEDAE e, na praia da Joatinga haveria um projeto de coleta de esgotos sanitários.

A praia de Copacabana foi beneficiada com a reforma, visando a sofisticação operacional, da Estação Elevatória Parafuso.

O último subprojeto do Programa Guanabara Limpa, a ampliação do Sistema de Esgotamento sanitário da Alegria, ficaria a cargo da CEDAE e SEOBRAS, com investimento de R\$ 1 bilhão para a construção de novos Troncos Coletor-

res de Esgoto, incluindo a construção dos dutos que atravessariam a Baía de Guanabara, ligando as ETEs de Alegria e de São Gonçalo e a ampliação da Estação de Tratamento de Esgoto da Alegria o que possibilitaria o tratamento secundário de uma vazão máxima de 7.400 litros de esgoto/segundo. Antes desta possibilidade de aumento do sistema, a ETE de Alegria tratava 2.500 litros de esgoto/segundo, provenientes de rede de coleta interligada à imóveis de 16 bairros do Rio de Janeiro, como visto anteriormente no capítulo do PDBG. Esse subprojeto ainda previa que parte dos efluentes da ETE Alegria receberia tratamento terciário (remoção de 100% da carga orgânica) para reutilização com finalidade industrial no Complexo Petroquímico do Rio de Janeiro (COMPERJ).

Apesar de todos esses subprojetos para o Programa Guanabara Limpa, o que se verifica, desde 2014, é que os níveis de poluição da Baía de Guanabara, segundo o INEA, demonstraram que, no trecho junto à margem, que vai do município de Duque de Caxias, na Baixada Fluminense, ao bairro de Botafogo, na Zona Sul da cidade do Rio de Janeiro, os índices de coliformes fecais são alarmantes. Em 2015, essa mesma parte concentrou todos os sete pontos considerados “péssimos”, segundo o citado órgão ambiental, com marcas de coliformes fecais por 100 ml de água acima de 4.000, além da poluição por derramamento de óleo das indústrias em seu entorno e de navios que navegam e aportam em suas águas.

Um estudo encomendado pelo Comitê Olímpico Internacional (COI) à Universidade Federal do [Rio de Janeiro](#) (UFRJ), através do Instituto Alberto Luiz Coimbra de Pós-Graduação e Pesquisa de Engenharia (COPPE), divulgado no 2º Seminário “Baía da Guanabara: situação atual e perspectivas para os Jogos Rio 2016”, realizado no próprio instituto, no dia 10 de fevereiro de 2015, constatou que a promessa de despoluição de 80% da Baía de Guanabara para

os Jogos de Olímpicos de 2016 deve ser cumprida somente em 2026, apesar de os governos municipal e estadual terem garantido para o Comitê Olímpico Internacional (COI) que a meta de despoluição da Baía para 2016 estaria mantida.

Conclusão

Apesar de alguns projetos desenvolvidos com vistas à despoluição da Baía de Guanabara e melhoria da qualidade de vida dos habitantes do Rio de Janeiro, até a realização dos Jogos Olímpicos de 2016, não foram realizados todos os investimentos previstos e necessários para a total infraestrutura do esgoto sanitário estadual, que continua hoje, junho de 2018, a jogar esgoto *in natura* na Baía, uma vez que estes programas não foram cumpridos dentro das metas e cronogramas previamente estabelecidos pelo poder público.

O artigo deixa claro que o governo do Estado não conseguiu alcançar a meta estabelecida no dossiê apresentado ao COI, em 2008, ano da candidatura da cidade do Rio de Janeiro para sediar as Olimpíadas, quando se comprometeu a coletar e tratar 80% do esgoto que é despejado na baía.

A agência de notícia americana Associated Press investigou o estado de poluição da Baía e divulgou, em julho de 2015, a informação que os atletas irão nadar e velejar em águas tão degradadas e contaminadas por fezes humanas que correm o risco de contrair alguma doença devido aos elevados níveis de vírus e bactérias de esgoto humano nos locais em que serão realizadas as provas olímpicas.

Enquanto o Plano Guanabara Limpa resta inacabado, a prefeitura do Rio de Janeiro apresentou em julho de 2017, o Plano Estratégico referente ao período de 2017 a 2020. O documento contém diretrizes, metas e ações da administração municipal para os próximos três anos e meio, entretanto, não há nenhuma menção a despoluição da Baía de Guanabara.

Referências bibliográficas

ALENCAR, Emanuel; SCHMIDT, Selma. Trecho às margens da Baía, da Baixada a Botafogo, tem índices de poluição intoleráveis. O Globo. 2014. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/rio/trecho-as-margens-da-baia-da-baixada-botafogo-tem-indices-de-poluicao-intoleraveis-13728375#ixzz3SxreKe6H>. Acesso em: 21 ago. 2016.

BARROS, Rafaela. Inea multa empresa em R\$ 35 milhões por poluir a Baía de Guanabara. Disponível em: <https://extra.globo.com/noticia/rio/inea-multa-em-empresa-em35-milhoes-por-poluir-baia-de-guanabara-15849017.htm>. Acesso em 10 nov. 2017.

BORGES, Bernardo. Empresa é acusada de poluir Baía de Guanabara. Disponível em: <http://noticias.band.uol.com.br/cidades/rio/noticias/100000801677/empresa-%C3%A9-acusada-de-poluir-ba%C3%ADa-de-guanabara.html> Acesso em: 15 nov 2017.

BRASIL. Lei n. 11.445, de 05 de janeiro de 2007. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111445.htm Acesso em 06 maio 2018.

_____. Ministério do Meio Ambiente. Convenção de Estocolmo sobre Poluentes Orgânicos Persistentes. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/seguranca-quimica/convencao-de-estocolmo> Acesso em: 07 abr 2018.

BRITTO, Ana Lúcia. Implantação de Infraestrutura de Saneamento na região metropolitana do Rio de Janeiro. Disponível em: [file:///C:/Users/Tatiana/Downloads/88-144-3-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Tatiana/Downloads/88-144-3-PB%20(1).pdf). Acesso em: 11 dez. 2017.

BRITTO, Evandro Rodrigues de. História do Tratamento de Esgotos do Estado do Rio de Janeiro. Ed. LP –Books. São Paulo. 1ª edição. 2015.

CARVALHO, Camilla; PONSO, Fábio. Na Guanabara, Lacerda, Negrão de Lima e Chagas governam a Cidade Maravilhosa. Disponível em: <<http://acervo.oglobo.globo.com/em-destaque/na-guanabara-lacerda-negrao-de-lima-chagas-governam-cidade-maravilhosa-20163142>> Acesso em: 20 abr de 2018.

COELHO, Victor. Baía de Guanabara uma história de agressão ambiental. Rio de Janeiro. 2007. Ed. Casa da Palavra. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=EyOvsNze2d0C&oi=fnd&pg=PA13&dq=n%C3%ADcio+da+polui%C3%A7%C3%A3o+na+baia+da+guanabara&ots=b30vBkOhro&sig=qSMwop0U-EK_B4EimhcQTazGEtc#v=onepage&q=n%C3%ADcio%20da%20polui%C3%A7%C3%A3o%20na%20baia%20da%20guanabara&f=false>.

Acesso em: 23 fev 2018. Disponível em: <http://www.qualidade.eng.br/ambiente/conheca_feema.htm>. Acesso em: 23 abr 2018.

DIAS, Alexandre Pessoa; ROSSO, Thereza Christina de Almeida; GIORDANO, Gandhi. OS SISTEMAS DE SANEAMENTO NA CIDADE DO RIO DE JANEIRO - PARTE I. Série Temática: Recursos Hídricos e Saneamento. V. 2. Rio de Janeiro. Ed. UERJ. 2012. Disponível em: <<http://www.coamb.eng.uerj.br/download/coamb-RHS-Volume2.pdf>> Acesso em: 20 dez 2017.

DUARTE, Solange. Guanabara: a lenta morte de uma baía. Disponível em: <<http://acervo.oglobo.globo.com/busca/?busca=governo+moreira+franco+e+ba%C3%ADa+de+guanabara>> Acesso em: 16 maio 2018.

ESTADÃO. Poluição da Baía de Guanabara assusta especialistas e atletas para a Rio 2016. Disponível em: <<http://esportes.estadao.com.br/noticias/jogos-olimpicos,poluicao-da-baia-de-guanabara-preocupa-para-a-rio-2016-,1734821>> Acesso em: 24 dez 2017.

ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Comitê da Bacia da Baía de Guanabara. Disponível em: <http://www.guanabaralimpa.eco.br/pagina-visualiza-conteudo.aspx?local=divisao&cod=3507>>. Acesso em: 22 fev 2018.

_____. Governo do Estado do Rio de Janeiro. Informação Pública Programa Guanabara Limpa. Governo investe em obras de saneamento nos municípios do entorno da baía; contrato de financiamento foi firmado pelo Psam em março de 2012. Disponível em: <<http://www.rj.gov.br/web/informacaopublica/exibeconteudo?article-id=1041469>>. Acesso em: 22 dez.2017.

_____. Baía da Guanabara Receberá mais de R\$ 1,1 bilhão para despoluição. Objetivo é tratar 4 mil litros de esgoto doméstico por segundo até 2016, evitando despejo. Disponível em: <<http://www.rj.gov.br/web/imprensa/exibeconteudo?article-id=835367>>. Acesso em: 22 dez. 2017.

_____. Lei nº 3. 467, de 14 de setembro de 2000. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/bff0b82192929c2303256bc30052cb1c/>>

f6e323ae55f376bf03256960006a0dde?OpenDocument>. Acesso em: 23 mar 2018.

_____. Secretaria do Meio Ambiente. Disponível em: <<http://gov-rj.jusbrasil.com.br/noticias/569444/serla-feema-e-ief-sao-extintos-com-instalacao-do-inea>>. Acesso em: 23 maio 2018.

_____. Comitê da Bacia da Baía de Guanabara. Regimento Interno. Disponível em: <<http://www.comite-baiadeguanabara.org.br/wp-content/uploads/2013/01/Regimento-Interno-Comite-Baia-de-Guanabara.pdf>>. Acesso em: 16 dez 2017.

_____. Plano Guanabara Limpa. Disponível em: <<http://www.guanabaralimpa.eco.br/pagina-visualiza-conteudo.asp?local=divisao&cod=3489>>. Acesso em: 23 abr 2018.

_____. Decreto Estadual nº 41.084, de 20 de dezembro de 2007. Disponível em: <<http://www.rcambiental.com.br/Atos/ver/DEC-RJ-41084-2007/>>. Acesso em: 23 dez 2017.

_____. Informação Pública Pacto pelo Saneamento. Disponível em: <<http://www.rj.gov.br/web/informacaopublica/exibeconteudo?article-id=1043524>>. Acesso em: 16 abr 2018.

_____. Lei Estadual nº 5.234, 05 de maio de 2008. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=158199>>. Acesso em: 23 dez 2017.

_____. Lei Estadual nº 4.191, de 30 de setembro de 2003. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/b24a2da5a077847c032564f4005d4bf2/cf0ea9e->

43f8af64e83256db300647e83?OpenDocument>.
Acesso em: 23 dez 2017.

_____. Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Boletim CAO Meio Ambiente nº 01/2016 (28.04.2016). Disponível em: <http://www.mprj.mp.br/documents/112957/13238752/meio_ambiente.pdf>. Acesso em 27 dez 2017.

_____. Sistema de coleta e transporte de esgoto sanitário da Pavuna. Disponível em: <www.rj.gov.br/web/seobras/exibeConteudo?article-id=3006291> Acesso em: 20 abr 2018.

_____. Elaboração de projeto executivo e execução de obras em Sarapuí. Disponível em: <www.rj.gov.br/web/seobras/exibeConteudo?article-id=3006300> Acesso em: 20 abr 2018.

_____. Programa de Saneamento Ambiental dos municípios do entrono da Baía de Guanabara. Disponível em: <psam.eco.br/index.php/o-programa> Acesso em: 20 abr 2018.

GLOBO.COM. Olimpíadas não vão deixar nenhum legado para Baía de Guanabara. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2015/02/olimpiadas-nao-va-deixar-nenhum-legado-para-baia-de-guanabara.html>>. Acesso em: 23 dez.2017.

INSTITUTO BAÍA DE GUANABARA. Disponível em: <<https://seriesestatisticas.ibge.gov.br/series.aspx?vcodigo=CD91>> Acesso em: 14 fev 2018.

INSTITUTO ESTADUAL DO AMBIENTE. Disponível em: em:<<http://200.20.53.3:8081/Portal/>

MegaDropDown/Regionais/BaiadeGuanabara/index.htm&lang=#/UnidadesdeConserva%C3%A7%C3%A3o >Acesso em: 07 fev 2018.

INSTITUTO TRATA BRASIL. Ranking do Saneamento das 100 maiores cidades – 2017. Disponível em: <<http://www.tratabrasil.org.br/ranking-do-saneamento-das-100-maiores-cidades-2017>> Acesso em: 15 abr 2018.

JORNAL O DIA. Limpeza da Praia da Bica, que continua poluída, custou R\$ 38 milhões. Disponível em: <<http://odia.ig.com.br/noticia/rio-de-janeiro/2015-03-06/limpeza-da-praia-da-bica-que-que-continua-poluída-custou-r-38-milhoes.html>> Acesso em: 10 dez 2017.

LÊDO. Samantha. Revista da Sustentabilidade. Disponível em: <<https://revistadasustentabilidade.wordpress.com/2015/05/28/conheca-mais-sobre-o-caminho-dos-rios-que-poluem-a-nossa-linda-baia-de-guanabara/>> Acesso em: 07 maio 2018.

MARQUEIRO, Paulo Sérgio. Mesmo poluída a baía sobrevive. O Globo. Disponível em: <<http://acervo.oglobo.globo.com/busca/?busca=Programa+para+Despolui%C3%A7%C3%A3o+Gradual+do+Ecosistema+da+Ba%C3%ADa+de+Guanabara>> Acesso em: 29 maio 2018.

MCCANE, Steven. Secretaria do Ambiente lança site Lagoa Limpa. Disponível em: <<http://www.guanabaralimpa.eco.br/pagina-visualiza-conteudo.asp?-cod=3555>>. Acesso em: 23 maio 2018.

MESQUITA, João Lara. Baía de Guanabara, entenda os motivos da poluição. Disponível em: <<https://marsemfim.com.br/baia-de-guanabara-entenda-poluicao/>>. Acesso em: 23 dez. 2017.

NITAHARA; Akemi. Falta de saneamento básico afeta poluição na Baía de Guanabara. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2014-07/falta-de-saneamento-basico-agrava-poluicao-na-baia-de-guanabara>>. Acesso em: 23 dez. 2015.

_____. Despoluição da Baía de Guanabara começou na década de 90, mas não teve eficácia. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2014-07/despoluicao-da-baia-de-guanabara-comecou-na-decada-de-90-sem>>. Acesso em: 29 maio 2018.

O GLOBO. Criado Grupo de Trabalho para elaborar Projeto. Disponível em: <Fonte: <http://acervo.oglobo.globo.com/busca/?busca=Projeto+Rio>> Acesso em: 01 jun 2018.

_____. União e Estado aplicarão 65 bilhões para despoluir a Baía de Guanabara. Disponível em: <<http://acervo.oglobo.globo.com/busca/?busca=-minist%C3%A9rio+de+interior+e+projeto+de+despolui%C3%A7%C3%A3o+da+ba%C3%A9+de+guanabara>> Acesso em: 01 jun 2018.

PINHEIRO, Eliane Canedo de Freitas. Baía de Guanabara, biografia de uma paisagem. 2005. Rio de Janeiro. Ed. Andra Jakobsson Estúdio Editorial Ltda.

ZEE, David. Baía de Guanabara, dossiê socioambiental. Fundação Getúlio Vargas. 2000.

Desapropriações para os megaeventos e a remodelação do espaço público urbano carioca: o caso da vila autódromo de Jacarepaguá e da Vila União de Curicica

Raisa Duarte da Silva Ribeiro e Mirtha Dandara Baltar

Introdução

O presente trabalho possui o escopo de analisar o processo de requalificação socioespacial na cidade do Rio de Janeiro para a recepção da Copa do Mundo de 2014 e das Olimpíadas de 2016, ocorrido através da implementação de uma política de desapropriações realizada pelo Município do Rio de Janeiro, à luz dos direitos fundamentais. Pretende-se contribuir com a reflexão do que seria uma cidade para todos, sob a perspectiva do processo de resistência na Vila

Autódromo de Jacarépaguá e na Vila União de Curicica, em defesa de uma cidade para todos. Para isso, faz uso de conhecimentos de áreas transversais ligadas pelo urbanismo, como a sociologia, antropologia, geografia e direito.

Em um primeiro momento, analisa-se a forma drástica de intervenção do Estado na propriedade privada, através do instituto da desapropriação. A partir de posicionamentos doutrinários e a aplicação jurisprudencial do instituto, verifica-se que a desapropriação possui por fundamento satisfazer o interesse público primário, mas questiona-se a forma pela qual ela vem sendo implementada pelo Poder Público.

Em um segundo momento, foi realizado um levantamento bibliográfico, através da escolha, análise e leitura dos livros, artigos científicos, notícias oriundas de periódicos e sites de pesquisa selecionados, visando construir um referencial teórico e informativo para a compreensão das principais questões que tocavam o caso concreto, com a análise da remodelagem da cidade do Rio de Janeiro, para o recebimento dos megaeventos, e a finalidade do Poder Público em construir uma “cidade-mercadoria” com a remodelagem do cenário urbano carioca.

No entanto, tendo em vista que construção de um objeto científico não se faz tão somente com esta, sendo necessário um olhar sobre este sob um ângulo imprevisto, sendo o cerne de sua arte a conversão dos problemas abstratos em operações científicas inteiramente práticas (BOURDIEU, 2004), o presente trabalho não ficou adstrito à teoria.

Por este motivo, em um terceiro momento, outra técnica de pesquisa foi utilizada, qual seja: a realização de trabalho empírico, através de pesquisas de campo nas comunidades da Vila Autódromo de Jacarepaguá e Vila União de Curicica.

1. Desapropriação

A desapropriação é a intervenção do Estado na propriedade alheia realizada de forma drástica, na medida em que a transfere, de forma compulsória e originária, para o seu patrimônio, com fundamento no interesse público, após a observância, em regra, do devido processo legal, normalmente mediante indenização.

As hipóteses de desapropriação encontram-se taxativamente previstas no texto constitucional, por causarem a intervenção estatal no direito de propriedade privado. As modalidades de desapropriação se dividem em desapropriação pelo descumprimento da função social da propriedade, podendo ser urbana ou rural, e em desapropriação em razão de utilidade, necessidade ou interesse social, casos em que não há violação da função social da propriedade pelo particular. Além disso, pode-se observar ainda a previsão da chamada desapropriação confisco, ou expropriação, prevista no artigo 243 do texto constitucional, que ocorre sem o pagamento da indenização, nos casos de propriedade em que houver o cultivo de plantas psicotrópicas e a utilização de trabalho escravo.

Apesar da discussão doutrinária acerca da releitura do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, desenvolvida por Humberto Ávila, Daniel Sarmiento, Gustavo Binenbojm, Paulo Roberto Schier e Alexandre dos Santos Aragão, pode-se afirmar que a desapropriação é um efetivo instituto que se baseia na preponderância do interesse público sobre o privado. Mesmo que o particular não queira receber a indenizar, mesmo quando o valor estiver superior ao do mercado, a desapropriação será efetivada (OLIVEIRA et al, 2014, p. 314-315). Conforme a legislação em vigor e

o próprio posicionamento jurisprudencial, mesmo diante da oposição do particular, a desapropriação se efetiva.

O presente artigo propõe-se a analisar as desapropriações ocorridas em virtude dos megaeventos, quais sejam, a Copa do Mundo e as Olimpíadas, realizadas com a finalidade de atender o interesse público primário, com a realização de obras de infraestrutura para o evento, ocasionando na remoção do espaço público carioca.

Tendo em vista a delimitação do objeto desse artigo, importa investigar, inicialmente, o instituto da desapropriação das propriedades urbanas particulares que cumprem a sua função social, mas cujo interesse público preponderante requer a aplicação dessa forma drástica de intervenção na propriedade. As referidas remoções ocorreram com base na modalidade desapropriatória de necessidade e utilidade pública.

De acordo com Rafael Oliveira (2016, p. 605), não há distinção entre necessidade e utilidade pública. A expressão necessidade pública se insere no conceito amplo de utilidade pública, na medida em que tudo que é necessário (urgente) também é útil ao interesse público; embora a recíproca não seja verdadeira.

Por outro lado, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012) realiza a distinção entre os institutos, sustentando que a utilidade pública é uma noção mais ampla, que se configura quando a desapropriação for conveniente e vantajosa ao interesse público coletivo, sem que reflita um problema emergencial; enquanto que a desapropriação por necessidade pública ocorre quando a Administração Pública se depara com um problema inadiável, cuja única solução é a desapropriação de um bem particular.

O artigo 5º, XXVII da Constituição da República Federativa do Brasil determina que “a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição”.

A referida normativa consiste no Decreto-Lei 3365/41, que foi parcialmente recepcionado pela nova ordem constitucional, inaugurada em 1988. Todavia, o regime aplicável pelo Decreto-Lei ainda é extremamente gravoso para o titular do bem, urgindo a necessidade de uma revisão do instituto da desapropriação, a fim de proteger os direitos fundamentais dos jurisdicionados.

A desapropriação é uma medida de intervenção supressiva na propriedade, ocasionando a retirada do patrimônio do particular e sua entrega ao poder público. A desapropriação, seja ela amigável ou contenciosa, será instrumentalizada por um procedimento administrativo, dividido em duas fases - declaratória e executiva - e, em alguns casos, seguida por processo judicial.

A fase declaratória inaugura o procedimento administrativo, com a edição de um decreto expropriatório, editado pelo Chefe do Poder Executivo respectivo, que é discricionário com relação ao seu motivo e ao seu objeto. Já a fase executiva consiste na prática de atos materiais para a incorporação do bem ao patrimônio pública e poderá ser amigável, realizada no âmbito do processo administrativo, ou contenciosa, realizada no processo judicial.

Se houver a judicialização da desapropriação, o proprietário expropriado apenas poderá discutir eventuais vícios de legalidade no procedimento e o preço do bem, não sendo possível, nesse momento, a discussão com relação aos motivos que ensejaram o decreto expropriatório. Em outras palavras, o particular não pode, na ação desapropriatória, questionar o interesse público subjacente a desapropriação. Assim, a ação de desapropriação possui cognição limitada ou restrita, apenas sendo discutidos aspectos extrínsecos do decreto expropriatório.

Conforme observado por pesquisadores (OLIVEIRA et al, 2014, p. 305-308), o Poder Executivo não aprofunda a análise do interesse público na desapropriação. Apenas men-

ciona o fato de que há interesse público subjacente na desapropriação daquela propriedade, mas não desenvolve, de forma fundamentada, qual interesse público presente e o motivo da sua imposição no caso concreto. Por outro lado, o Poder Judiciário, na ação de desapropriação, conforme previsão legal, não pode adentrar na discussão sobre o interesse público.

Nesse contexto, tem-se um desconforto com a impossibilidade de se discutir os pressupostos da desapropriação nas ações de desapropriação. Além disso, a falta de motivação adequada dificulta um amplo debate na sociedade quanto ao tema como como a própria defesa do administrado, que corre o risco de perder a sua propriedade sem ter um entendimento adequado do procedimento.

Em pesquisa realizada (OLIVEIRA et al, 2014, p. 307-308), foi constatado que no Município do Rio de Janeiro, entre 2010 e 2013, foram encontrados 205 decretos municipais expropriatórios, sendo que apenas 5 traziam uma justificativa material da desapropriação e os demais, justificativa legal ou referência aos processos administrativos relacionados. Todavia, nesses casos, a motivação existente era rasa e insuficiente, de forma a não evidenciar a qualificação do interesse público que poderia legitimar a atuação estatal da desapropriação, embora trouxesse a finalidade a ser destinada.

Conforme doutrina tradicional, é vedado ao Poder Judiciário controlar o mérito administrativo, porque se trata de um aspecto político do ato administrativo. Todavia, não se pode usar o mérito como impedimento a atuação típica do Judiciário de apreciar os aspectos da legalidade do ato e verificar se ele foi praticado dentro dos limites impostos à discricionariedade. Sem aferição judicial, não há como se identificar se um ato é discricionário ou arbitrário (OLIVEIRA et al, 2014, p. 309-310).

Todavia, nesse tema, o Poder Judiciário é autocontido, demonstrando um certo grau de conservadorismo. Na pesquisa

mencionada, somente em 11 casos o Poder Judiciário analisou o mérito administrativo (OLIVEIRA et al, 2014, p. 312).

Com base nas pesquisas realizadas, que demonstram a forma de atuação do Estado na temática em questão, pode-se constatar que: i) o Poder Executivo não realiza a exposição dos motivos da desapropriação de forma aceitável, demonstrando de forma efetiva qual o interesse público subjacente a desapropriação; ii) a análise judicial sobre o mérito é extremamente autocontida; iii) os indivíduos não possuem mecanismos eficazes para questionar o interesse público na desapropriação.

Ademais, o referido Decreto-Lei prevê a possibilidade da imissão provisória na posse antes do término do processo desapropriatório, devendo haver a declaração de urgência e o depósito do preço incontroverso em juízo.

Por fim, a indenização será paga de forma prévia, justa e em dinheiro, mas deve se observar o regime do precatório. Apenas não será observado o regime de precatório quando a indenização estiver inserida no valor permitido ao RPV ou quando a ação de desapropriação for movida por quem não se enquadre no conceito de Fazenda Pública.

Desta forma, através dessa breve análise do instituto da desapropriação, observa-se que se torna fundamental a sua revisão, para que seja compreendido como procedimento sujeito ao controle da sociedade, o que torna a definição de interesse público subjacente a desapropriação de fundamental relevância.

A lógica da prática administrativa e judiciária, fundada em normativa arcaica, sobre a desapropriação está em desconhecimento com a Constituição Cidadã, pois não respeita a exigência da motivação dos atos administrativos, não permite o questionamento sobre o interesse público presente na desapropriação e não fornece mecanismos eficazes para que o cidadão desapropriado possa se defender e compreender o processo.

2. A remodelagem do espaço público urbano carioca

O Brasil assumiu o compromisso de sediar a Copa do Mundo de 2014 e as Olimpíadas de 2016. Com a promoção destes megaeventos, as cidades sedes passaram a implementar políticas públicas de remoções para a reestruturação urbana. Todavia, estas políticas não englobam a cidade e os seus cidadãos como um todo.

Neste contexto, observa-se a requalificação do espaço público urbano carioca, que vem passando por um momento de intensa ressignificação espacial através das grandes intervenções urbanas.

Verifica-se operações para a reconversão do território na cidade do Rio de Janeiro, na medida em que grandes projetos urbanos e megaequipamentos culturais ou esportivos desenham esse novo espaço urbano (SANCHEZ, 2010).

Neste sentido, fica aparente uma realidade de fragmentação, onde as intervenções urbanas realizadas buscam integrar simbolicamente a cidade e revesti-la de uma “*política espetáculo*” atrativa de investimentos internacionais (ACELRAD, 2009, p.25).

Para a construção dessa cidade-mercadoria (SANCHÉZ, 2010), o espaço urbano carioca passou a ser reinventado e reconstruído através de políticas públicas urbanas, que já vem sendo implementadas como preparativos para a recepção da Copa do Mundo de 2014.

Dentre estas políticas, identifica-se uma opção por uma política velada de remoção com a exclusão de pessoas de baixa renda de bairros valorizados, associado a um processo de gentrificação. Diversas famílias são removidas pelo poder público municipal para a realização de obras de urbanização, mobilidade e que darão suporte aos Jogos Olímpicos de 2016.

Neste aspecto, Milton Santos (1996) nos ensina que “os espaços assim requalificados atendem, sobretudo a interesses dos atores hegemônicos da economia e da sociedade, e assim são incorporados plenamente às correntes de globalização”(SANTOS,1996, p. 51).

No mesmo sentido, Harvey (2001) explica que o deslocamento de cidadãos e a despossessão são fenômenos inevitáveis quando se pretende a configuração de novas geografias urbanas, como no cenário carioca, enquadrando-os como um “reflexo feio da absorção de capital por meio da reabilitação urbana” (HARVEY, 2001, p.146).

No entanto, se questiona se estas remoções que vem sendo realizadas na cidade do Rio de Janeiro se revestem como opção política mais adequada para se garantir os direitos sociais dos moradores desapropriadores, que são, em geral, cidadãos menos favorecido? Além disto, estas políticas públicas urbanas de requalificação da cidade do Rio de Janeiro estão em consonância com a função social da cidade?

As remoções realizadas nas comunidades refletem um projeto olímpico articulado por grandes atores (governamentais, privados e de agências internacionais) que promovem um espetáculo em escala mundial para atrair investimentos internacionais para um novo modelo urbano hegemônico que se consolida na cidade carioca (SANCHEZ, 2010).

Por sua vez, este cenário nos remete ao modelo democrático liberal exposto por Habermas (2002), onde a política é definida pela luta por poder e a salvaguarda das liberdades individuais em detrimento da coletividade.

Nessa perspectiva, questionamos se essa política se aproximaria efetivamente do conceito de política pública ou, ao menos, daquilo que se espera desta: a concretizar direitos sociais assegurados pela Constituição, como o direito à moradia, consagrado como direito constitucional social pela Emenda Constitucional nº 29/2000 por meio das prestações

positivas do poder público (SILVA, 2014), bem como se estaria em consonância com a função social da cidade.

3. O caso da vila união de curicica

A Vila União de Curicica consiste em uma comunidade constituída e habitada por mais de trinta anos, localizada nas proximidades do rio Pavuninha, em Jacarepaguá. A partir da década de 80, a mencionada comunidade passou a ser habitada por um segmento social específico, qual seja: os indivíduos componentes de uma classe social mais pobre e excluída do mercado imobiliário.

De acordo com MAQUES e TORRES (2001), as comunidades acabam sendo expostas a três tipos de riscos específicos: o primeiro consiste no risco da ocupação de áreas de alta declividade; o segundo, risco de desabastecimento de água e; o terceiro, risco de ocupação de áreas inundáveis.

Através das análises empíricas inicialmente realizadas, observa-se que os moradores da Vila União de Curicica estão expostos de forma insensa aos riscos do desabastecimento de água e o risco de inundação, de forma que a vulnerabilidade ambiental desta comunidade se percebe notória.

Vulnerabilidade e risco são conceitos estritamente associados e tangenciáveis. Enquanto o risco significa a probabilidade de ocorrência de um grave agravo a determinado grupo; a vulnerabilidade remete a suscetibilidade deste grupo a esse agravo (ACESLRAD et al, 2008). Desta forma, a mencionada comunidade pode ser vista como vulnerável e arriscada.

Com a observância desses riscos ambientais, a comunidade precisou passar por um processo de regularização, que ocorreu com a entrega do documento intitulado *Pé no Chão*, o qual realizou o cadastramento das moradias para fins de regularização fundiária.

Em 2012, a mesma comunidade teria sido contemplada com o Programa *Morar Carioca*, quando teriam realizado levantamento de campo e diagnóstico através de escritório de arquitetura contratado pela Prefeitura.

Posteriormente, em 2013, segundo os relatos dos líderes comunitários, a subprefeitura da Barra da Tijuca se portou de forma divergente ao que vinha sendo realizado, anunciando a necessidade de remoção de 900 famílias da comunidade. A necessidade das remoções foi fundamentada na obra de construção do BRT da Transolímpica.

De acordo com relatos de moradores, a associação de moradores, presidida pela ex-moradora Vânia, logo teria aderido a alternativa de cima para baixo para a transferência destas pessoas para apartamentos no conjunto habitacional Minha Casa Minha Vida da Colônia Juliano Moreira, nas proximidades da comunidade Vila União de Curicica, sem muitos questionamentos.

Este problema se agravou quando foi observado que os apartamentos para onde essas pessoas seriam transferidas possuíam tamanhos menores do que as casas construídas pelos moradores ao longo de anos de trabalho. Além disto, constatou-se que as benfeitorias realizadas nas moradias foram desconsideradas no valor das indenizações e, estas, não diferenciavam os estabelecimentos comerciais estabelecidos.

Assim, o Governo do Rio de Janeiro passou a aplicar uma política pública velada de remoção, surgindo um conflito projetado pela ameaça de remoção de 700 a 900 famílias da Vila União Curicica, para a construção da “Transolímpica”, da Barra da Tijuca a Deodoro¹, anunciada no

1. Jornal O Globo. Ameaça de remoção para 700 famílias em Curicica. Disponível em: <http://www.brasil247.com/pt/247/favela247/129816/Amea%C3%A7a-de-remo%C3%A7%C3%A3o-para-700-fam%C3%ADlias-em-Curicica.htm>

meio do ano de 2014. Os moradores da comunidade que ali queriam permanecer se organizaram em um processo de resistência dos moradores, que desencadeou na luta de seus direitos e na busca de indenizações justas.

Neste contexto, os moradores se organizaram no intuito de resistir as remoções, garantir o direito de moradia, uma justa indenização e um direito a uma cidade que seja de todos e para todos. Assim, surgiu o Movimento Independente Popular(MIP) organizado por moradores desta comunidade.

Através dos estudos empíricos iniciais, com base no diálogo estabelecido com alguns moradores, entendemos que o MIP surgiu de maneira independente da Associação de Moradores, na medida em que esta, por um processo de aproximação com os desmandos da Prefeitura, não questionava as violações, mas tão somente buscava legitimá-las.

O MIP ganhou força, conseguindo reduzir o número de remoções de 900 para 302 famílias removidas, segundo informações divulgadas em Diário Oficial. Os líderes do movimento, Flávia Santos e Robson da Silva Soares, em suas falas, sempre procuraram dialogar e discutir alternativas que garantissem a permanência de toda ou, pelo menor, de parcela da comunidade, sendo enfatizado os vínculos afetivos e de sociabilidade construídos na comunidade. Além disto, o movimento requeria que fossem pagas justas indenizações pelas casas que não conseguiriam sair da mira do traçado da Transolímpica, englobando inclusive as benfeitorias realizadas e o caráter comercial que possuía algumas moradias.

Pode-se dizer que o mencionado movimento sagrou-se vitorioso no aspecto de tentar minimizar os impactos que a remodelação do espaço urbano carioca e a política de remoções iria trazer para aquela comunidade.

Faz-se necessário ressaltar que a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (DPRJ), especialmente do Núcleo

de Terras e Habitação (NUTH), teve um papel de destaque neste processo de resistência da comunidade Vila União de Curicica. Isto porque esta entidade atuou para garantir o respeito ao direito dessa população à moradia.

Além da importância da DPRJ para a proteção dos direitos fundamentais dos moradores da Vila União de Curicica, em especial do direito à moradia e a um tratamento isonômico, cabe mencionar a existência de outros atores que trouxeram contribuições importantes neste processo de resistência e combate as violações dos direitos fundamentais destes indivíduos, tais como a Pastoral das Favelas e o Comitê Popular da Copa e das Olimpíadas.

Numa via paralela, como forma de criar essa mesma ferramenta de luta política, foi realizada uma parceria entre a DPRJ e o Núcleo de Estudos e Projetos Habitacionais e Urbanos da Universidade Federal Fluminense (NEPHU-UFF), para a elaboração do Plano Popular da Vila União de Curicica. Com isso, pretende-se construir um plano urbanístico alternativo a ser apresentado para o governo municipal que aparentemente vai priorizar a urbanização da parte de fora dessa comunidade.

Todavia, a priorização desse plano alternativo não surpreende quando se observa a lógica de higienização da cidade para a recepção desses megaeventos, pois a cidade do Rio de Janeiro vem sendo varrida por uma plasticidade organizacional que desconsidera o modo de vida das pessoas que moram em favelas, que desconsidera o esforço de cada uma delas para a autoconstrução de suas casas, seus laços e relações de pertencimento.

4. O caso da vila autodrómo de jacarepaguá

A Vila Autodrómo de Jacarepaguá também consiste em uma comunidade popular localizada nos entornos de Jacarepa-

guá, entre a lagoa de Jacarepaguá e o então Parque Olímpico, que concentrou as principais atividades das Olimpíadas de 2016.

A mencionada comunidade era ocupada há mais de 40 anos, por uma população marginalizada, de baixa renda, que não possuía condições financeiras de se instalar nas construções imobiliárias.

Localizada em um terreno plano, de fácil acesso, em área de especial interesse social², a Vila Audodrómo de Jacarepaguá sofreu, no início dos anos 90, a abertura de um processo de regularização fundiária, no qual gerou a outorga de títulos de concessão real de uso para os moradores ali instalados.

Em 1993, o Município do Rio de Janeiro moveu uma ação civil pública em face da ocupação do terreno. Em 2011, foi proferida sentença na mencionada ação civil pública, sendo esta parcialmente favorável à comunidade, na medida em que se reconheceu juridicamente o direito à moradia dos ocupantes daquele território, determinando apenas o reassentamento das casas que se localizam na Faixa Marginal de Proteção Ambiental.

Todavia, apesar da ocupação da Vila Autodrómo de Jacarepaguá estar assegurada juridicamente, a Prefeitura do Rio de Janeiro publicou diversos decretos de desapropriação contra algumas das moradias existentes na comunidade, utilizando genericamente o interesse público como fundamento.

De acordo com a Secretaria Municipal de Habitação³, entre 2009 e 2013, cerca de 20 mil famílias foram removidas de suas casas pela Prefeitura do Rio de Janeiro, em razão das intervenções urbanas. Nesse cenário, em um processo de re-

2. De acordo com a Lei Complementar nº 74, de 2005, a Vila Autódromo consiste em uma área de especial interesse social, destinada a promover moradia social.

3. Vide: <http://www.morula.com.br/catalogo/smh2016/> Acesso em 29 out. 2015.

sistência similar ao que ocorreu na Vila União de Curicica, observou-se que a comunidade também se posicionou no sentido de resistir as desapropriações e lutar pela efetivação de seus direitos fundamentais.

Em dezembro de 2011, foi iniciada a elaboração do Plano Popular da Vila Autódromo, elaborado de baixo para cima pelos seus moradores, com o auxílio da Associação de Moradores e Pescadores desta comunidade. O plano foi apresentado como alternativa para a urbanização da comunidade e estava em consonância com a legislação ambiental e urbanística, sendo tecnicamente viável.

Assim como ocorreu no caso da Vila União de Curicica, a existência de agentes e atores sociais para a defesa da Vila Autódromo de Jacarepaguá foi de suma importância. Neste contexto, é necessário ressaltar que a elaboração do Plano Popular da Vila Autódromo foi fruto de uma parceria entre o Núcleo Experimental de Planejamento Conflitual do Laboratório Estado, Trabalho, Território e Natureza do Instituto de Pesquisa e Planejamento Urbano e Regional da Universidade Federal do Rio de Janeiro (NEPLAC/ETERN/IPPUR/UFRJ) e Núcleo de Estudos e Projetos Habitacionais e Urbanos da Universidade Federal Fluminense (NEPHU- UFF).

Por fim, cabe mencionar que o movimento de resistência da Vila Autódromo tornou-se um caso emblemático da política velada de gentrificação na região.

Conclusão

Com a promoção dos megaeventos – Copa de 2014 e Olimpíadas de 2016 – ocorreu a implementação de políticas públicas que afirmam visões de mundo, noções e imagens, acompanhadas de ações de reestruturação urbana (SAN-

CHEZ, 2010), que não englobam a cidade e seus cidadãos como um todo, fragmentando o tecido urbano e reforçando vulnerabilidades e desigualdades socioespaciais.

Nesse contexto, a metrópole do Rio de Janeiro vive um momento de ressignificação espacial através de grandes intervenções urbanas, sendo revestida de uma “política espetáculo” atrativa de investimentos internacionais (ACE-LRAD, 2009, p.25).

Para a construção dessa cidade-mercadoria, o espaço urbano carioca passou a ser reformulado através de políticas públicas onde vigora como consequência uma política velada de remoção de diversas comunidades pobres inseridas em bairros nobres. A remoção de famílias é justificada pelo poder público municipal pela necessidade de obras de urbanização, obras de mobilidade, obras para equipamentos esportivos ou de infraestrutura que darão suporte aos Jogos Olímpicos de 2016.

As remoções em comento refletem um projeto olímpico articulado por grandes atores (governamentais, privados e de agências internacionais) que promovem um espetáculo em escala mundial para atrair investimentos internacionais para um novo modelo urbano hegemônico que se consolida na cidade carioca (SANCHEZ, 2010).

Este cenário pode nos remeter ao modelo democrático liberal exposto por Habermas (2002), onde a política é definida pela luta por poder e a salvaguarda das liberdades individuais está em primeiro plano.

É importante observar que uma cidade tratada como mercadoria, em consonância com a racionalidade econômica dominante, promove um processo de desterritorialização observado sob a perspectiva cultural na forma da homogeneização da cultura, quando a identidade com o espaço também acaba enfraquecida (HAESBAERT, 2006).

Nessa perspectiva, pode-se questionar se esta política se aproximaria efetivamente do conceito de política pública ou – pelo menos – daquilo que se espera desta: concretizar direitos sociais assegurados pela Constituição, como o direito à moradia digna, um dos direitos fundamentais que compõem o feixe de direitos articulados na concepção de direito à cidade (CAVALLAZZI, 2007).

Desse modo, construímos uma noção acerca do direito à cidade e aplicação de políticas públicas que não nos parece estar em sintonia com a reconfiguração espacial da cidade do Rio de Janeiro. O interesse público utilizado como base dos decretos expropriatórios não é devidamente motivado e o processo de desapropriação não é eficaz na proteção integral dos direitos fundamentais dos proprietários expropriados, sendo urgente uma nova visão sobre essa forma drástica de intervenção do Estado na economia.

Desta forma, a partir do estudo do conceito de direito à cidade sob o contexto da requalificação socioespacial da cidade carioca, também se pode verificar como a organização dos movimentos sociais pode funcionar como instrumento garantidor do direito a uma cidade a ser pensada efetivamente para todos.

Assim, a apropriação desse direito pela comunidade de Vila Autódromo de Jacarepaguá e Vila União de Curicica, na luta de resistência pela garantia de seus direitos, pode ser visto como um exemplo emblemático de busca e reafirmação pelo direito à cidade, pelo direito a uma cidade de todos.

Referências bibliográficas

ACSELRAD, H. Vigiar e unir: a agenda da sustentabilidade urbana. Rio de Janeiro: Lamparina, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Editora Atlas, 2016.

- CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. O Estatuto Epistemológico do Direito Urbanístico Brasileiro: Possibilidades e Obstáculos na Tutela do Direito à Cidade. In: COUTINHO, R.; BONIZZATO, L. Direito da Cidade: Novas Concepções sobre as Relações Jurídicas no Espaço Social Urbano. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discrecionariade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2012.
- ENGELS, Friedrich. *A Situação da Classe Trabalhadora na Inglaterra*. São Paulo: Global, 1985.
- FONSECA, Maria Guadalupe Piragibe da. Iniciação à pesquisa no Direito: pelos caminhos do conhecimento e da invenção. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 62-70.
- HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. 3 ed. São Paulo: Edições Loyola, 2002
- HAESBAERT, Rogério. *O mito da desterritorialização: do fim dos territórios à multiterritorialidade*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006
- HARVEY, David. *O Enigma do Capital e as Crises do Capitalismo*. Tradução: João Alexandre Peschanski. 1 ed. São Paulo: Boitempo, 2001.
- LEFEBVRE, Henri. *O Direito à Cidade*. São Paulo: Centauro, 2001.

- LIRA, Ricardo Pereira. Elementos de Direito Urbanístico. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2010.
- OLIVEIRA, Fábio Corrêa de Souza; PORTO, Tamara; CHAVES, Ursula; SAVIGNON, Larissa Tristão; PILUSO, Roberta; BRAZ, André; SOUSA, Carlos Alberto. Apontamentos sobre a discussão acerca da supremacia do interesse público sobre o privado. Revista Interdisciplinar de Direito da FDV, v. 11 n. 2 (2014): v.11, n. 2, 2014, p. 307-318.
- OLIVEIRA, Larissa; VASCONCELLOS, Úrsula; ARAUJO, Pedro; SILVA, Felipe; OLIVEIRA, Jeison; RIBERIO, Natasha; CHAGAS, Tayná; BARROS, Carolina. Desapropriação para megaeventos no Rio de Janeiro: interesse público de quem? Revista de Direito Brasileira, ano 4, vol. 4, maio-ago/2014, p. 295-316.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. Editora Método, 2016.
- SÁNCHEZ, Fernanda. A reinvenção das cidades para um mercado mundial. 2ed. Chapecó, SC: Argos, 2010.
- SANTOS, Milton. Técnica, Espaço, Tempo: Globalização e meio técnico-científico informacional. São Paulo: Editora HUCITEC, 1996.
- SANTILLI, Juliana. Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural. São Paulo: Editora Peirópolis, 2005.
- SARMENTO, Daniel (Org.). Interesses públicos versus Interesses privados: desconstruindo o princípio da su-

premacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, Cláudia Souza Mendes. Políticas públicas urbanas. Direito social à moradia. In: Cadernos de Direito da Cidade: estudos em homenagem à professora Maria Garcia: serie I. Coord. Vânia Aieta. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p.59 – p.75.

VENTURA, Zuenir. Cidade Partida. Rio de Janeiro: Editora Companhia das Letras, 2000.

ADVOCACIA PÚBLICA: DESAFIOS E EXPERIÊNCIAS

Análise do papel da advocacia pública na mediação e conciliação tributária

Maisa Bernachi Baptista

Introdução

De acordo com os dados de pesquisas realizadas pelo Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas – IPEA, solicitado pelo Conselho Nacional de Justiça, o tempo médio de duração de uma execução fiscal é de mais de 8 anos, ademais 30 milhões de processos desta classe tramitam no judiciário brasileiro. Os dados referem-se ao ano de 2009, e relatam ainda que, apenas 25,8% das execuções fiscais propostas pela PGFN, findam em pagamento para os cofres públicos. A realidade dos números estatísticos apontam para uma ineficiência na gestão dos processos de cobrança tributária.⁴

4. Pesquisa realizada pelo IPEA, por solicitação do CNJ, disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?searchword=execu%>

Somado a isso vivenciamos um contexto processual de instigação a métodos alternativos de resolução de conflitos em que a ideia é tentar buscar, por meio de mediação e conciliação a solução do conflito sem precisar de uma resposta do judiciário. Trata-se, portanto, de práticas associadas a prevenção e solução de litígios optativas ao processo judicial que contribuem para celeridade e eficiência processual.

No Brasil, a política principal que atribuiu proeminência às práticas de transação originou do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, por meio da Resolução 125 de 2010. A resolução foi responsável por constituir uma Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos conflitos de Interesse no âmbito do Poder Judiciário, com vistas a viabilizar a propagação da mediação e da conciliação como meios alternativos ao processo judicial.

O novo ordenamento processual publicado em 2015 teve como um dos pilares basilares tentar desafogar o judiciário brasileiro prevendo a audiência de conciliação no art. 334.⁵ No mesmo ano de publicação do Código de Processo Civil, tivemos ainda a Lei 13.140/15 que disciplinou a mediação no âmbito da Administração Pública. Percebe-se, portanto, que nos últimos anos presenciamos uma difusão de fomento e regulamentação das práticas de transação como forma de tentar remodelar, a cultura ainda corrente no Brasil, de litigar e buscar as resposta nos Tribunais.

Não obstante as inovações recentes sobre o tema, ainda persiste o debate sobre a aplicação dos meios consensuais de

C3%A7%C3%B5es+fiscais&ordering=category&searchphrase=all&Itemid=32&option=com_search, acesso em 20/11/2017

5. Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

gestão de conflitos às demandas tributárias. A despeito do cenário destacado pela pesquisa realizada pela IPEA, mencionada anteriormente, em que revela a crise nos processos de execuções fiscais, a aplicação de vias alternativas de pacificação de litígios no âmbito tributário não é uníssona na doutrina, o que torna seu debate ainda mais complexo.

Todavia, a conjuntura atual aponta para um judiciário brasileiro contraproducente no tocante aos processos de execuções fiscais, o que acarreta na diminuição de arrecadação tributária e do orçamento público. Neste cenário faz-se necessário buscar outros caminhos para o incremento das receitas públicas, tendo em vista que os meios tradicionais de solução de litígio tributário – o processo administrativo e a execução fiscal – não estão sendo o suficientes para ampliar o recolhimento dos tributos.

Neste sentido, destaca-se a atuação cada vez mais crescente da Advocacia Pública em transportar os mecanismos alternativos de resolução de litígios para seara tributária, como forma de aperfeiçoamento da gestão dos processos de execução fiscal. Sua atuação tem-se revelado profícua na prevenção de judicialização de demandas, bem como na solução célere das que já se encontram judicializadas.

Desse modo, o presente artigo visa analisar o papel da Advocacia Pública no incremento da mediação e conciliação no âmbito tributário por meio da criação da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF, que tem atuado administrativamente para solução das controvérsias envolvendo o Poder Público.

1. Considerações iniciais sobre a advocacia pública

Antes do advento da atual Carta Maior, a representação da União era realizada por meio da Procuradoria da Repú-

blica que acumulava as atribuições relativas ao Ministério Público Federal com a defesa dos interesses estatais. Por essa razão, é possível constatar na doutrina⁶ quem defenda que a legitimidade da ação direta de inconstitucionalidade interventiva conferida ao Procurador-Geral da República (art. 36, III da CF/88), advém da época em que o Parquet era o órgão incumbido pela defesa dos interesses da União.

O diploma constitucional atual instituiu a Advocacia-Geral da União como órgão responsável pela representação judicial e extrajudicial da União, e a elencou como função essencial da Justiça (art. 131 da CF/88) incumbindo a Lei complementar dispor sobre sua organização e funcionamento. No tocante a execução de dívida ativa tributária a representação da União será efetivada pela Procuradoria da Fazenda Nacional. No âmbito estadual e distrital, por sua vez, a Constituição estabelece que cabe a Procuradoria dos Estados e do Distrito Federal o papel de consultoria, assessoramento e a representação judicial dos entes federados. (art. 132 da CF/88).

Dentre outras atribuições, a LC 73/93 – Lei Orgânica da Advocacia Geral da União- conferiu ao Advogado Geral da União a atribuição de fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e demais atos normativos e prevenir e dirimir as controvérsias entre os órgãos jurídicos da Administração Federal, conforme art. 4^a, X e XI.

Em adição as atribuições ante mencionadas, em 2001 a Medida Provisória 2.180- 35 possibilitou de forma expressa a adoção pela AGU de mecanismos na seara administrativa de resolução de controvérsia entre entes da Administração Pública e a União.

6. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1.400.

Todas essas incumbências proporcionaram a criação de sistema conciliatório no âmbito da Advocacia Pública que culminou em 2007, na criação da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF, instrumento de grande relevo que vem auxiliando na solução dos litígios administrativos.

2. A câmara de conciliação e arbitragem da administração federal

As atribuições conferidas a Advocacia Pública foi remodelada nas últimas décadas, de modo que a representação judicial e extrajudicial dos entes federados pode ser compreendida atualmente de forma abrangente. Nesse sentido, destaca-se que cumpre a Advocacia Pública, por exemplo, unificar a jurisprudência administrativa, editar enunciado de jurisprudência administrativa e dirimir e prevenir controvérsias entre órgãos do governo. Quanto a este último ponto, destaca-se a importante atuação proativa dos advogados públicos em obter cada vez mais a adequada solução eficaz nos inúmeros processos que envolve o Poder Público.

Assim sendo, em 2007 foi instituído pelo Ato Regimental nº 5 a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF, com o intuito de auxiliar na redução da litigiosidade desenfreada vivenciada no judiciário brasileiro, nas controvérsias envolvendo a Administração Federal.

Suas atribuições passaram por transformações, em 2008 a Portaria AGU nº 1.099 ampliou o rol de atuação prevendo também o procedimento conciliatório entre a Administração Pública Federal e Administração Pública estadual e do Distrito Federal. No ano seguinte a Portaria AGU nº 481 de 06 de abril de 2009, estendeu a possibilidade de solução ad-

ministrativa de conflitos também para litígios com Municípios de capitais que contém mais de duzentos mil habitantes.

Por fim, sua organização e estrutura foi delimitada pelo Decreto nº 7.392 de 2010 que ampliou ainda mais as atribuições da CCAF, inclusive, eliminando o limitador de número de habitantes para as controvérsias da Administração municipal. Vejamos:

Art. 18. A Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal compete:

I - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da Advocacia-Geral da União;

II - requisitar aos órgãos e entidades da Administração Pública Federal informações para subsidiar sua atuação;

III - dirimir, por meio de conciliação, as controvérsias entre órgãos e entidades da Administração Pública Federal, bem como entre esses e a Administração Pública dos Estados, do Distrito Federal, e dos Municípios; (grifos acrescentados)

IV - buscar a solução de conflitos judicializados, nos casos remetidos pelos Ministros dos Tribunais Superiores e demais membros do Judiciário, ou por proposta dos órgãos de direção superior que atuam no contencioso judicial;

V - promover, quando couber, a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta nos casos submetidos a procedimento conciliatório;

VI - propor, quando couber, ao Consultor-Geral da União o arbitramento das controvérsias não solucionadas por conciliação; e

VII - orientar e supervisionar as atividades conciliatórias no âmbito das Consultorias Jurídicas nos Estados.

A conciliação inicia-se por meio de solicitação dos órgãos públicos interessados que remetem por escrito controvérsias com os documentos necessários para a elucidação dos fatos. Em seguida são efetuadas sessões de reuniões com objetivo conciliatório que será guiado pelo Advogado Público, a quem compete a função de conciliador.

Quando a controvérsia surge por iniciativa de órgão da Administração Federal a legitimidade para propor o processo, entre outros são do Ministros de estados, Secretários Gerais, Procurador Geral da Fazenda Nacional, Consultor Geral da União. Por sua vez, tratando-se da Administração Pública Estadual, pode solicitar a instauração de procedimento de conciliação os Governadores e Procuradores Gerais de Estados, e na Administração Pública municipal os prefeitos e Procuradores- Gerais do Município.

Cabe mencionar que o procedimento conciliatório pode advir de um caso já judicializado, sendo assim caberá aos Ministros dos Tribunais Superiores ou demais membros do poder judiciário, remeter o conflito à CCAF.

Ademais, a Portaria AGU n° 910/2008 previu a possibilidade de particulares interessados acompanharem o litígio submetido ao procedimento conciliatório, desde que seja aprovado por unanimidade dos presentes em sessão de reunião.

Com pouco mais de 10 anos a CCAF tem se mostrado um mecanismo valioso de celeridade na resolução de conflitos no âmbito da Administração Federal, pois além de diminuir o número de casos que são submetidos ao crivo do judiciário, possibilita um desfecho das demandas já judicializadas de forma mais veloz.

Nesta toada, é mister registrar alguns casos práticos de conciliação entre entes da Administração Federal solucionados no âmbito da Câmara de Conciliação e Arbitragem. Em 2009, por exemplo a CCAF solucionou o impasse havido entre o INSS e a ECT no tocante a dívidas relacionadas a prestações de serviços e arrecadação de contribuições previdenciárias relativas ao período de 1992 a 1998 que alcançavam o montante de 3,9 milhões de reais.⁷

Nas reuniões realizadas para esclarecimento do caso, foi convencionado que o débito devidos pela ECT deveria ser atualizada de acordo com a Taxa SELIC até a data da homologação do acordo. O processo estava há quase duas décadas parados sem solução, mas depois de submetido ao procedimento conciliatório da AGU, o acordo foi realizado e posteriormente homologado.

Em 2010, a AGU conseguiu solucionar controvérsia existente entre o Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS e a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional – PGFN. O impasse concerne a existência de multa não paga pelo INSS, o que ocasionou a inscrição da Autarquia no Cadastro Informativo de Débito não Quitados do Setor Público Federal, denominado Cadin.

No decorrer das reuniões realizadas a fim de solucionar o conflito, foi constatado que a multa que fora fixada pela justiça ao INSS excedia os limites imposto pela lei. A legislação preconiza que a multa não deve ultrapassar a 20%, no entanto, o judiciário havia determinado uma multa de 10% para cada dia de atraso. A AGU reduziu a multa para o patamar legal autorizado e determinou a cessação das restrições postas à Autarquia.

7. Caso visualizado no site oficial da AGU http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/113870 em 09/01/2018

Ainda em 2010, a CCAF possibilitou a resolução ágil do conflito existente entre Anatel e Polícia Rodoviária Federal. A controvérsia diz respeito ao pagamento de Preço Público pelo direito de Uso e Radiofrequência e pelo Preço Público de direito de exploração de serviços de telecomunicação e exploração de Satélite.⁸

A PRF aduziu a prescindibilidade da cobrança, tendo em vista tratar-se de serviços relacionado com a própria atuação do órgão. Todavia, a CCAF juntamente com a Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça, chegou à conclusão de que a referida cobrança seria legal, e a o débito pago foi no valor aproximadamente de cem mil reais.⁹

Em 2012 a CCFA totalizou 121 conciliações celebradas, que tratavam principalmente de questões, previdenciárias, indígenas e tributárias. No ano de 2009, 32 conflitos foram solucionados antes que se transformassem em ações judiciais, que certamente se arrastariam por anos.¹⁰

Destarte, resta claro que este sistema conciliatório no âmbito da Administração Federal oferece celeridade para a solução dos litígios, principalmente quando comparados com o Poder Judiciário. São inúmeras as vantagens advindas com a adoção deste procedimento. Neste sentido:

O que motiva o trabalho da CCAF é a possibilidade de um conjunto de ganhos para a Administração Pública e para a sociedade: economia processual; redução de litigância entre órgãos da Administração; economia de tempo para os Advogados Públicos; desobstrução de canais no Poder Judiciário;

8. IDEM

9. Caso visualizado no site oficial da AGU http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/113870 em 09/01/2018

10. Segundo dados visualizados em 08/01/2017 em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-conciliacao-e-a-arbitragem-na-administracao-publica-federal,40219.html>

aproximação entre os órgãos da Administração; possibilidade de articulação conjunta de políticas públicas e resolução de conflitos com objetividade, clareza e menos burocracia.¹¹

A repercussão bem sucedida da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal, incentivou a Advocacia Pública a transportar mecanismo similar nas execuções fiscais, e com isso incrementar a cultura da conciliação na seara tributária.

Assim sendo, em 2011 foi realizado em Brasília, o primeiro mutirão de Conciliação Prévia de Execução Fiscal. O projeto da Advocacia Pública da União, tem como objetivo primordial ampliar a conciliação na União e suas autarquias, de modo que o processo judicial se torne exceção e não regra. Nesse sentido, haverá primeiramente uma tentativa de conciliação, antes da execução fiscal de créditos com valores inferiores a 100 mil reais serem propostas. Desta maneira, diante de processos desta natureza, o judiciário notifica os devedores para comparecerem à justiça federal, para que a conciliação seja realizada.¹²

O mutirão-piloto, que ocorreu em Brasília em 2011 abarcou créditos das principais Autarquias federais, tais como IBAMA, INMETRO, ANATEL. Na ocasião, foi proposto aos contribuintes devedores a redução de 45% dos juros de mora, 50% das multas de ofício e de mora, e valor total das referentes ao valor do encargo legal. Sobre o projeto, Fabio Munhoz, Coordenador Geral de Cobrança e Recuperação de Crédito esclareceu:

[...]tal projeto se justifica pelo fato notório de que o processo de execução fiscal, na forma como é atualmente concebido, nem sempre cumpre o seu principal objetivo, qual seja, a satisfação do crédito do ente público. A utilização das

11. Projeto CJU/Conciliação 2012.

12. Informação visualizada no site oficial da AGU: http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/168297 em 16/01/18

conciliações, além de estar na pauta do Judiciário que pretende diminuir o número de ações judiciais, pode ser uma ferramenta muito eficaz na recuperação dos créditos públicos[...]

Em 2013, a AGU editou a Portaria n° 595, a fim de regulamentar a profícua prática de conciliações prévia no âmbito das execuções fiscais. Nos termos do art. 1º do ato normativo em comento, o procedimento se destina a realização de conciliação após a inscrição em dívida ativa, mas antes do ajuizamento de execução fiscal, para que seja feito o devido parcelamento ou o pagamento à vista com desconto das penalidades. No entanto, é importante destacar que, conforme os dispositivo mencionado, não será admitido a renúncia total ou parcial dos créditos das autarquias e empresas públicas federais.

Ademais, conforme parágrafo segundo do art. 1º, é possível ainda, a utilização do procedimento mesmo que o débito não esteja ainda escrito em dívida ativa. Vejamos:

§ 2º Será admitida a adoção dos procedimentos desta Portaria também no período que antecede à inscrição em dívida ativa, desde que o devedor manifeste interesse na quitação integral do débito à vista e haja viabilidade técnica de emissão de guia de recolhimento da União - GRU, segundo os sistemas informatizados das autarquias e fundações públicas federais, não se admitindo, neste caso, o parcelamento do débito.

§ 3º Na hipótese do parágrafo anterior, caso o devedor manifeste interesse apenas no parcelamento, o crédito deverá ser inscrito em dívida ativa, com a incidência dos consectários legais.

§ 4º A viabilidade da aplicação do disposto no §2º ficará a critério de cada Procuradoria.

Este procedimento trivial tem se mostrado um instrumento eficaz na arrecadação de tributos para os cofres públi-

cos, só em 2014 a AGU contabilizou uma arrecadação de 22 milhões devidos às autarquias e fundações, fruto das conciliações prévias.¹³

3. Lei 13.140/15 – Marco legal da mediação

Em meio ao cenário de instigação aos meios alternativos de solução de litígios vivenciada no Brasil nos últimos anos, em 2015 é publicada outro instrumento normativo de regulamentação da mediação – a Lei 13.140 – denominada de Marco Legal da mediação.

Trata-se de mais um passo importante para consolidar uma política de meios optativo ao processo judicial como forma de combater à crise da justiça. Ademais, todos esses esforços legislativos que estamos presenciando em regulamentar os institutos de transação, converge com o movimento global de transferir a pacificação social dos conflitos dos Tribunais para a autocomposição. (GORETTI,2017)

A lei versa do instituto da mediação entre os particulares, mas seu destaque encontra-se na normatização da autocomposição de litígios no campo da Administração Pública. Dispõe seu artigo 32 que:

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para: I – dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública; II – avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particu-

13. Visualizado no site oficial da AGU em: http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/294400 em 16/01/18

lar e pessoa jurídica de direito público; III – promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

Dessa forma, percebe-se que a lei em comento ampliou o objeto de possibilidades de autocomposição em comparação a Resolução 125 do CNJ, que não abarcava a hipótese no âmbito da Administração Pública.

A possibilidade dos entes criarem Câmara de prevenção e resolução administrativa de conflito inserta no art. 32, pode resultar em diminuição de demandas que serão submetidos ao Poder Judiciário, tendo em vista que os conflitos serão solucionados administrativamente, por intermédio dos institutos de conciliação ou mediação.

Tais Câmaras terão como atribuição além de dirimir os conflitos promover termos de ajustamento de conduta, bem como avaliar a admissibilidade dos pedidos de solução de litígio. Ademais, inclui-se na esfera de atuação das câmaras a prevenção e solução de conflitos que “envolvam equilíbrio econômico financeiro de contratos entre a Administração e o particular.”¹⁴

Outrossim, a lei inseriu a figura da “transação por adesão”, que consiste em um instituto que confere ao Poder Público a possibilidade, de diante de demandas repetitivas sobre a mesma matéria, propor a todos os interessados um acordo com a Administração Pública. O acordo será ofertado pelas condições estabelecidas pelo Poder Público, o que justifica a denominação de “transação por adesão”, cabe a parte apenas aceitar ou recusar, não havendo a possibilidade de negociar os parâmetros do acordo. Vejamos:

Art. 35. As controvérsias jurídicas que envolvam a administração pública federal direta, suas autarquias e funda-

14. § 5o Compreendem-se na competência das câmaras de que trata o caput a prevenção e a resolução de conflitos que envolvam equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com particular

ções poderão ser objeto de transação por adesão, com fundamento em:

I - autorização do Advogado-Geral da União, com base na jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ou de tribunais superiores; ou

II - parecer do Advogado-Geral da União, aprovado pelo Presidente da República.

§ 1o Os requisitos e as condições da transação por adesão serão definidos em resolução administrativa própria.

§ 2o Ao fazer o pedido de adesão, o interessado deverá juntar prova de atendimento aos requisitos e às condições estabelecidos na resolução administrativa.

§ 3o A resolução administrativa terá efeitos gerais e será aplicada aos casos idênticos, tempestivamente habilitados mediante pedido de adesão, ainda que solucione apenas parte da controvérsia.

Cumpre salientar que a aceitação a “transação por adesão” resultará em renúncia ao direito de recorrer, no tocante aos pontos compreendidos no acordo.

É permitido ainda, conforme preconiza o art. 33, que a Advocacia Pública da União, Estados, Distrito Federal e Município, de ofício ou por provocação, instaure procedimento de mediação coletiva nos casos que envolvam prestação de serviços públicos.¹⁵

A lei ao regulamentar a possibilidade de transações no seio da Administração Pública representa um progresso im-

15. Parágrafo único. A Advocacia Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, onde houver, poderá instaurar, de ofício ou mediante provocação, procedimento de mediação coletiva de conflitos relacionados à prestação de serviços públicos.

portante, tendo em vista que com a previsão legal, abandona-se a ideia anacrônica de que o Poder Público não pode transacionar. Não há impedimento para que a Administração Pública utilize-se dos mecanismos alternativos de resolução de conflitos, apenas restrições maiores em relação ao particular, tendo em vista a necessidade de cumprimento do princípio da legalidade e do interesse público.

A Lei 13.140 contribui para atual concepção da Administração Pública dialógica em detrimento de uma Administração Pública Monológica, onde predomina a imperatividade do estado. Na Administração Pública dialógica há um verdadeiro diálogo entre o Poder Público e todos aqueles que serão atingidos pela atuação pública. Neste sentido:

A concepção de uma Administração Pública que dialoga com o cidadão, o qual é, ao fim e ao cabo, a razão de ser de todo o aparato do Estado, está bem clara na redação do novo código processual. A possibilidade deste diálogo, por óbvio, não se compatibiliza com a pré-definição de que há uma supremacia dos interesses do Estado sobre aqueles pretendidos pelo indivíduo, sobretudo porque não são poucas as vezes em que o agir estatal (ou não agir) viola direitos fundamentais. Um poder público que se utiliza da morosidade do judiciário para se esquivar do cumprimento de suas obrigações é postura que não se compatibiliza com a Constituição nem com as normas fundantes do processo civil contemporâneo e expressamente previstas na novel legislação (consensualidade, celeridade, colaboração e promoção da dignidade da pessoa humana). (EIDT, 2015, p. 70).

Neste aspecto, cumpre mencionar que segundo o administrativista Rafael Carvalho Oliveira uma das mutações e tendência do direito administrativo é a consensualidade e participação, ou seja, a decisão estatal não mais deve ser pautada por uma atuação unilateral e impositiva do Estado, de

forma oposta, deve ser construída por meio da participação social através dos mecanismos de mediação, acordos e parcerias, conferindo assim, maior carga democrática à Administração. (OLIVEIRA, 2018)

Apesar de notório os progressos oriundos com o advento da lei em comento, não se pode deixar de mencionar que a novel legislação pecou no que tange à mediação tributária. Isso porque, há dispositivo expresso no sentido de obstar a transação entre contribuinte e pessoa jurídica de direito público quando envolver tributos:

Art. 38. Nos casos em que a controvérsia jurídica seja relativa a tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil ou a créditos inscritos em dívida ativa da União:

I - não se aplicam as disposições dos incisos II e III do caput do art. 32;

II - as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços em regime de concorrência não poderão exercer a faculdade prevista no art. 37;

III - quando forem partes as pessoas a que alude o caput do art. 36:

a) a submissão do conflito à composição extrajudicial pela Advocacia-Geral da União implica renúncia do direito de recorrer ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais;

b) a redução ou o cancelamento do crédito dependerá de manifestação conjunta do Advogado-Geral da União e do Ministro de Estado da Fazenda.

De forma clara, o dispositivo ante mencionado preconiza que quando a controvérsia envolver tributos não serão aplicadas as disposições do art. 32, II e III que referem-se justamente os conflitos entre particular e pessoa jurídica de direito público. Percebe-se portanto, que o Marco Legal da Mediação proibiu expressamente a transação tributária entre contribuinte e ente tributante.

A Lei 13.140/15 apenas regulamentou o que já era praticado pela Advocacia Pública Federal, deixando-se passar a oportunidade de prever de forma legal a mediação e conciliação entre o contribuinte e pessoa jurídica de direito público.

Considerações finais

Tendo em vista a realidade de morosidade e ineficiência na solução dos litígios, os métodos alternativos de pacificação social emergiram-se como uma possível opção para a crise do judiciário brasileiro. Assim, nas últimas décadas vivenciamos um contexto de instigação e implementação desses meios consensuais de resolução de conflitos.

A Resolução 125 do CNJ, o advento do novo ordenamento processual que incrementou a audiência de conciliação e mediação antes da contestação, e a Lei 13.140/15 acenaram para uma transformação na cultura de litigar presente no Brasil.

O processo tributário não pode manter-se exterior à onda de inovações no que tocante à ampliação das soluções de conflitos, em detrimento de um método tradicional atualmente utilizado. Neste ponto, ressalta-se a frutífera atuação da Advocacia Pública, que de forma inovadora transportou mecanismos alternativos para a seara fiscal.

Por meio da criação da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal, a Advocacia Pública possibi-

litou um desfecho mais célere de casos tributários envolvendo órgãos do governo, e por conseguinte viabilizou a arrecadação aos cofres públicos de uma quantia que totaliza mais de vinte dois milhões de reais, conforme os dados de 2014.¹⁶

A lei 13.140/15 atribui certo protagonismo na atuação da Advocacia Pública nos procedimentos conciliatórios, neste ponto, destaca-se a possibilidade do órgão em realizar mediação coletiva, bem como a “transação por adesão” com base em parecer ou autorização do Advogado-Geral da União.

Contudo, restou claro que a Lei apenas regulamentou prática que já era adotada pela Advocacia Geral da União em mediar conflitos envolvendo os órgãos públicos, deixando-se passar a oportunidade de prever a mediação tributária entre contribuinte e pessoa jurídica de direito público.

Ainda assim, a legislação em comento promove o debate para que em um futuro próximo, a mediação tributária seja factível também entre contribuintes e os entes federados.

Referências

GORETTI, Ricardo. Mediação e acesso à justiça. Salvador. Ed. Juspodvm. 2017

OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Administrativo. Ed. Gen. 2018

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 4ª ed. São Paulo

16. Visualizado no site oficial da AGU em: http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/294400 em 16/01/18

Site oficial da Advocacia Pública da União: <http://www.agu.gov.br/>

Site oficial do Conselho Nacional de Justiça: <http://www.cnj.jus.br/>

BRASIL. Constituição (1988). Constituição Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1988.

Parecer jurídico isento como ato materializador de improbidade administrativa: a (ir)responsabilização do advogado público – análise da jurisprudência dos tribunais superiores

Fabricio Gaspar Rodrigues

Introdução

Não são raras as previsões legais que impõem à autoridade pública que pretende praticar determinado ato administrativo prévia submissão de sua intenção ao crivo do órgão jurídico que lhe confira suporte rotineiro. Raros são os processos administrativos que, para atingirem os objetivos que ensejaram sua instauração com eficácia e legitimidade, prescindem da emissão de pareceres jurídicos emitidos por advogados públicos. Esses, por sua vez, exercem suas funções de natureza

consultiva com assento constitucional, especialmente nos artigos 131, 132 e 133 da Constituição da República.

Vive-se um momento ímpar da evolução republicana. Existe uma nova cultura em formação, permeada no seio de diversos órgãos de controle da Administração, que se desenvolve no sentido de se construir uma nova rotina obrigatória no trato da coisa pública, banindo toda e qualquer forma de desvio de recursos públicos. A bandeira da luta contra a corrupção hoje é uma realidade vivida pela sociedade brasileira, possuindo amplo apoio da opinião pública.

A corrupção não apenas dilapida os cofres públicos. Ela impede a materialização de políticas que, se implantadas, permitiriam a efetivação de direitos fundamentais, especialmente no que tange à saúde e à educação. Por isso, inclusive, deve ser combatida diuturnamente.

Na busca pela punição de agentes corruptos e do ressarcimento ao erário em decorrência de atos irregulares, Ações de Improbidade Administrativa são reiteradamente ajuizadas pelo Ministério Público. Normalmente, a imensa maioria dos agentes públicos que atuaram nos processos administrativos prévios aos atos reputados ímprobos pelo *parquet* são arrolados indistintamente no polo passivo da respectiva inicial. Muitas vezes, o servidor não praticou nenhum ato de gestão propriamente dito, mas em algum ato processual, ainda que de pequena monta ou de reflexo econômico inexistente, consta seu nome, sua matrícula e sua assinatura. Em muitos casos, já é o bastante para a inclusão do servidor como réu. Estava no lugar errado, na hora errada.

Já não é mais raro perceber o arrolamento de advogados públicos, que atuaram na qualidade exclusiva de pareceristas em processos administrativos, como réus em ações de Improbidade. Sem qualquer ato de gestão, mas agindo de forma meramente enunciativa, advogados públicos veem suas opi-

niões reunidas em parecer jurídico serem unilateralmente taxadas como improbidade. Ato contínuo, precisam se defender em tribunais, muitas vezes anos a fio, em causa própria e com seu patrimônio pessoal liminarmente indisponível¹⁷, para desconstituir em juízo tal entendimento ministerial.

Em muitos casos, a inclusão dos advogados nessas ações decorre da aplicação, na seara da improbidade administrativa, do revogado crime de exegese (quando o agente emite atos equivocados ou que destoam da lei ou do direito), ou da aplicação do natimorto crime de hermenêutica (quando a interpretação da legislação realizada pelo agente, ainda que não errônea, diverge do entendimento do órgão fiscalizador).

Não se buscará neste artigo discutir a natureza do parecer jurídico porquanto ato jurídico, eis que seu caráter opinativo já se encontra seguramente assentado tanto na doutrina quanto na jurisprudência pátrias. O que se buscará aqui é analisar a possibilidade e a legitimidade da responsabilização do advogado que atua como parecerista. Em outras palavras, a pergunta que se faz é: O parecer jurídico, por si só, pode configurar ato de improbidade administrativa?

2. O conceito de dolo administrativo e seu reflexo sobre o parecer jurídico – a inviolabilidade dos advogados por seus atos no exercício da profissão

O dolo, em Direito Administrativo, é amplamente discutido pela doutrina, especialmente no tocante à responsabi-

17. O artigo 16 da Lei Federal n.º 8.429/92 permite que, havendo fundados indícios de responsabilidade, o juízo decrete o sequestro dos bens pessoais do agente, para que, na forma do artigo 7º da mesma lei, tal indisponibilidade possa futuramente assegurar o integral ressarcimento ao erário, após o trânsito em julgado de eventual condenação.

lização por improbidade administrativa, o que se busca discutir neste ensaio – ainda que especificamente voltado para a advocacia pública. Nesse sentido, oportuno o posicionamento do professor Fábio Medina Osório:

“O dolo, em direito administrativo, é a intenção do agente que recai sobre o suporte fático da norma legal proibitiva. O agente quer realizar determinada conduta objetivamente proibida pela ordem jurídica. Eis o dolo. Trata-se de analisar a intenção do agente especialmente diante dos elementos fáticos – mas também normativos – regulados pelas leis incidentes à espécie.”¹⁸

Na mesma linha de raciocínio, leciona o Professor Marçal Justen Filho:

“A configuração da improbidade depende da consciência e da intenção de promover as condutas ímprobas. Não há improbidade culposa, o que não significa exigir dolo específico nem equivale a negar a diversidade de graus de consciência e reprovabilidade.”¹⁹

A jurisprudência pátria, em especial oriunda do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, alberga integralmente tal raciocínio:

ACÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INEXISTÊNCIA DE DOLO. VIOLAÇÃO A

18. OSÓRIO, Fábio Medina. *Improbidade Administrativa*. Ed. Síntese, Porto Alegre, 1998, p. 135.

19. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. Ed. Saraiva, São Paulo, 2005, p. 687.

PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. Pode existir irregularidade em fase interna do processo licitatório (cotação de preço), e na autorização de despesa relativa à atualização dos valores contratados, sem que exista improbidade, pois **a simples inobservância de regra legal, por si só, não caracteriza ato ímprobo**. Não se confundem os conceitos de improbidade administrativa e de legalidade. **Para configurar as hipóteses dos artigos 10 e 11 da Lei 8.429/92 mister se faz o dolo na conduta dos agentes**, ou (e ainda assim excepcionalmente) pelo menos a culpa grave. Ação civil pública ajuizada pelo Parquet, com base em inquérito civil que apurou evento já apontado pela Controladoria Geral da União. Tomada de Preços realizada pelo Município de Nova Friburgo a partir de repasse de verba federal. Correta a sentença que não considerou provado o ato de improbidade. Apelo desprovido.²⁰

AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INEXISTÊNCIA DE DOLO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. 1. Ação civil pública ajuizada pelo Parquet, tendo por base as informações contidas no Inquérito Civil, no qual se apuraram ilegalidades em contrato de prestação de serviços de apoio técnico e especializado na área de saúde do Município de Nova Iguaçu. 2. Embora se verifique que os réus realmente não cumpriram integralmente o disposto na Lei nº 8.666/93 e há irregu-

20. AC – APELAÇÃO CIVEL – 518083 Processo: 2009.51.05.001805-0 UF : RJ. Órgão Julgador: SEXTA TURMA ESPECIALIZADA. Data Decisão: 15/08/2011

laridade praticada pelo 2º réu, ao assinar o contrato na qualidade de Secretário Municipal de Saúde, um dia antes de tomar a posse, **a simples falta de cumprimento adequado de certo preceito legal, por si só, não caracteriza ato ímprobo**. Não se podem confundir os conceitos de improbidade administrativa e de legalidade. **Não basta a simples inobservância da lei para caracterizar a improbidade**. 3. **Para configurar as hipóteses dos artigos 10 e 11 da Lei 8.429/92, mister se faz o dolo na conduta dos agentes. Do contrário, não há improbidade**. E o Ministério Público Federal não logrou comprová-lo. Nem se articulou sobre qualquer lesão ao erário, nem à própria moralidade da Administração Pública, no caso concreto e seus desdobramentos. 4. Apelo desprovido.²¹

É inegável, portanto, que a configuração do ato de improbidade administrativa deve ser precedida não apenas do descumprimento à norma de regência, mas principalmente da intenção danosa do agente, ou sua omissão culposa, grave e consciente dos riscos negativos à integridade do patrimônio público decorrente de sua conduta.

Nessa toada, importante ressaltar que a letra fria do artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa²², merece inter-

21. AC - APELAÇÃO CIVEL – 487887. Processo: 2008.51.10.003590-2. UF : RJ Órgão Julgador: SEXTA TURMA ESPECIALIZADA. Data Decisão: 04/10/2010.

22. Art. 10, caput, da Lei Federal n.º 8.429/92: “Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: (...)”

pretação mais garantista em relação à afirmação contida nos excertos doutrinários citados acima, até porque é voz uníssona que o ato ímprobo é mais que ilegal, ele obrigatoriamente deve ser impregnado de algo (elemento subjetivo) que o vicie além da ilegalidade ou irregularidade.

Portanto, ao prever a o dispositivo normativo em estudo²³ que a omissão culposa pode ensejar a ocorrência de atos de improbidade, é flagrante que o ato culposo e ímprobo não prescinde da ciência do agente acerca dos riscos prejudiciais decorrentes daquele ato, o que levaria a uma analogia à figura da culpa consciente, muito estudada no campo do Direito Penal. Em outras palavras, a improbidade culposa só se configura quando a omissão perpetrada pelo agente decorre do fato de este ter previsto o resultado danoso, mas não acreditou que ele iria acontecer.

O artigo 133 da Constituição da República estabelece que o advogado é indispensável à administração da Justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei. Por seu turno, o § 3º do artigo 2º da Lei nº 8.906/94, que institui o Estatuto da OAB, estipula que, no exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações. Pareceres jurídicos, por sua função consultiva, são atos privativos de advogados, na forma da Lei²⁴.

Joaquim Nabuco, em uma de suas contundentes afirmações, lecionou que: “*Nenhum privilégio pode ser respeitado quando falta as razões da sua instituição.*”²⁵ Não é a intenção deste artigo revestir indistintamente todo e qualquer parecer jurídico

23. Art. 10, Lei Federal n.º 8.429/92.

24. Lei Federal n.º 8.906/94: Art. 1º. São atividades privativas de advocacia: (...) II – As atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas.

25. NABUCO, Joaquim. Um estadista do Império. 5ª Edição. Rio de Janeiro, Topbooks, 1997, p. 369.

da imunidade conferida pelo sistema jurídico aos advogados brasileiros para lograr cometer ou acobertar irregularidades.

Característica intransponível que reveste a atividade do operador do direito é o fato de que ele atua numa ciência inexacta, que permite compreensões divergentes sobre a mesma situação jurídica ou sobre o verdadeiro alcance e sentido da norma correlata, sem que a aceitação de uma das compreensões resulte na invalidade das demais opiniões. Isso fundamenta a independência do parecerista.

Não é exagerado afirmar que o tolhimento da liberdade intelectual do advogado público é flagrantemente inconstitucional, pois fere garantia dada à advocacia, reconhecida pelo constituinte como função essencial à Justiça, que se consagra diariamente como um instrumento de resguardo e defesa de direitos e garantias fundamentais.

Inequivocamente, quando atua na confecção do parecer jurídico, o advogado age no exercício da profissão, uma vez que, nos termos do inciso II do artigo 1º, também da Lei nº 8.906/94, as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídica são privativas da advocacia. Resta cristalina, outrossim, a existência de uma garantia constitucional que resguarda a inviolabilidade do exercício da atividade jurídica pelo advogado.

Essa garantia inclusive está assentada no entendimento de diversos tribunais pátrios, dentre os quais o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

Agravo de instrumento. Ação civil pública por ato de improbidade administrativa. Suposto direcionamento de licitação. Alegação de ofensa às normas de Direito administrativo e lesão ao erário. Decisão que recebe a inicial. Procurador do Município. Parecer. Responsabilidade. Inviolabilidade do advogado por suas manifestações e opiniões jurídicas, no exercício

do ofício. Prerrogativas da profissão. Carência absoluta de prova indiciária do dolo.²⁶

Agravo de instrumento. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Parecer emitido pelo Procurador Geral do Município de Petrópolis opinando pela celebração de convênio entre o Município de Petrópolis e OCIPS. Órgão ministerial que sustenta a ocorrência de dispensa indevida de licitação sob o simulacro de convênio. Decisão de recebimento da petição inicial. Afastada a preliminar de ilegitimidade passiva ad causam, tendo em vista a teoria da asserção. Petição inicial que satisfaz os requisitos previstos no art. 282 do CPC, a afastar a preliminar de inépcia da exordial. Afastadas as prejudiciais de prescrição da ação e da pretensão de ressarcimento ao Erário. Responsabilidade do advogado público. Inexistência na hipótese. Parecer que possui natureza de ato enunciativo, e, portanto, incapaz de gerar direitos e obrigações. Ausência de fortes indícios acerca da existência de dolo ou culpa grave que apontem para a prática de ato ímprobo por parte do réu. Recurso provido.²⁷

Reconhecem os *decisum* acima ementados que pareceres jurídicos no âmbito de processos administrativos que tramitam perante a Administração pública têm natureza me-

26. Agravo por Instrumento n.º 0045037-31.2012.8.19.0000, 19ª Câmara Cível. Rel. Des. Marcos Alcino Azevedo Torres. Data do Julgamento: 02.06.2015.

27. Agravo por Instrumento 0018366-63.2015.8.19.0000, 17ª Câmara Cível. Rel. Des. Wagner Cinelli de Paula Freitas. Data do Julgamento: 01.07.2015

ramente opinativa, e a responsabilidade do advogado público só se materializa desde que estejam presentes indícios de dolo ou culpa grave deste.

Por óbvio, essa garantia – agregada do aqui comprovado respaldo jurisprudencial e doutrinário – não permite uma inviolabilidade genericamente autorizadora de ilícitos ou a liberalidade na prática de atos danosos a terceiros. Em verdade, o sistema jurídico resguarda a autonomia jurídica do advogado autor do parecer, sua capacidade de compreender o direito e defender esse entendimento, sem submissão ou subordinação de suas convicções jurídicas a outro órgão, que não aquele responsável pela aferição de seus atos de indisciplina. Se o advogado consente com ilicitudes, não atua como advogado, mas sim como um criminoso; seu parecer deixa de ser um ato enunciativo revestido de todas as garantias legais já aqui citadas, e transmuta-se em ato fraudulento, submetendo o seu autor às sanções legais.

O raciocínio desenvolvido até aqui põe em xeque a prática processual reiteradamente adotada pelo *parquet* no sentido de arrolar no polo passivo de ações civis por ato de improbidade administrativa os advogados públicos autores dos pareceres técnicos utilizados como fundamento para a prática do ato materializador da suposta improbidade administrativa, sem prospectar o dolo ou a má-fé do subscritor do parecer (ainda que de forma indiciária). Tal praxe, tristemente comum nos dias atuais, demonstra existir no âmbito do Ministério Público um indevido²⁸ consenso entre seus membros no sentido de presumirem existir responsabilidade solidária

28. Diz-se indevido tal consenso difundido entre os membros no Ministério público por absoluta ausência de previsão legal. A solidariedade não se presume, ela decorre da lei ou do contrato, de acordo com o artigo 896 do Código Civil Brasileiro.

entre o autor do ato ímprobo e o autor do parecer jurídico que fundamentou sua materialização.

Tanto a doutrina acima exposta quanto a correspondente jurisprudência citada até aqui demonstram de forma cabal que a mera lavratura de parecer jurídico não configura, *de per si*, crime ou improbidade administrativa. Entendendo o membro do Ministério Público que as circunstâncias fáticas podem ensejar a responsabilização do causídico, tal entendimento impõe-lhe a obrigação de descrever e trazer ao processo, já em sua petição inicial, elementos que indiquem a presença de elemento subjetivo que justifique a imputação pretendida em futuro provimento jurisdicional.

3. A jurisprudência garantidora do fortalecimento e independência da advocacia pública sedimentada pelo superior tribunal de justiça

O Superior Tribunal de Justiça, mantém jurisprudência uníssona e absolutamente fortalecedora da tese defendida no item anterior deste ensaio, no sentido de que a responsabilidade do parecerista apenas pode ser configurada em situações excepcionais, casos em que o advogado público renuncia às suas obrigações constitucionais de atenção irrestrita aos princípios da legalidade e moralidade, imiscuindo-se dolosamente na malversação de recursos públicos:

ADMINISTRATIVO – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – MINISTÉRIO PÚBLICO COMO AUTOR DA AÇÃO – DESNECESSIDADE DE INTERVENÇÃO DO PARQUET COMO CUSTOS LEGIS – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO – NÃO OCORRÊNCIA DE NULIDADE

– **RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO PÚBLICO** – POSSIBILIDADE EM SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS NÃO PRESENTES NO CASO CONCRETO – **AUSÊNCIA DE RESPONSABILIZAÇÃO DO PARECERISTA** – **ATUAÇÃO DENTRO DAS PRERROGATIVAS FUNCIONAIS** – SÚMULA 7/STJ.²⁹

Também na esfera criminal o posicionamento jurisprudencial do Egrégio Superior Tribunal de Justiça respalda a independência do parecerista, senão veja-se:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DENÚNCIA. ART. 89 DA LEI N.º 8.666/93. PROCURADORES MUNICIPAIS. SIMPLES EMISSÃO E APROVAÇÃO DE PARECER JURÍDICO OPINANDO PELA DISPENSA DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. IMUNIDADE DO ADVOGADO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE QUALQUER ELEMENTO INDICIÁRIO VÁLIDO. TRANSCAMAMENTO. RECURSO PROVIDO.³⁰

Já se escreveu alhures que o Direito é ciência inexata, e como tal, deve banir toda e qualquer ação que impute punição de qualquer natureza a atos de hermenêutica divergente do entendimento do órgão detentor da competência acusatória.

29. REsp n.º 1.183.504-DF (2010/0040776-5). 2ª Turma, REL. Min. Humberto Gomes de Barros. J. em 18.05.2010. DJ-e 17.06.2010.

30. RHC 39644 / RJ RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS 2013/0238250-5. Quinta Turma. Min. Laurita Vaz. D.J. 17/10/2013. DJe 29/10/13.

O choque de posições é eficaz método para que prevaleçam os entendimentos mais eficazes para a harmonia da vida em sociedade – razão máxima da existência do Direito. A evolução social reflete-se nas leis pátrias, mas em inúmeros casos as mudanças legais são precedidas de alterações jurisprudenciais e doutrinárias, testadas em exercício diário de confronto de ideias, onde os tribunais e universidades são a arena democrática para o desenvolvimento do debate e assentamento de posições devidamente fundamentadas.

Em julgamento realizado em Outubro de 2015 pela 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, sob a relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, assentou-se um dos mais significativos julgados hodiernos de fortalecimento da advocacia pública, reconhecendo que, mesmo nos casos em que o parecer remontar equivocado, ou seja assentado em premissas erradas, não haverá a responsabilização do parecerista em caso de não comprovação do dolo na elaboração do *dictamen*:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DECISÃO QUE REJEITA A PETIÇÃO INICIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO CABÍVEL. JURISPRUDÊNCIA PACIFICADA NESTA CORTE. PARECER EQUIVOCADO. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE ERRO GROSSEIRO OU MÁ-FÉ. INVIOABILIDADE DOS ATOS E MANIFESTAÇÕES. EXERCÍCIO DA PROFISSÃO. REJEIÇÃO DA PETIÇÃO INICIAL QUE SE IMPÕE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO EM PARTE.³¹

31. REsp n.º 1.454.640-ES (2014/0009629-2). 1ª Turma, REL. Min. Benedito Gonçalves. J. em 15.10.2015.

Trata-se de decisão histórica para o enfrentamento do tema a que se propõe este ensaio. A análise do voto do relator permite identificar o respeito, em máximo grau, a um dos mais importantes valores constitucionais atuais: o pluralismo de ideias (Art. 1º, V, da Constituição Federal de 1988), concebido a partir de uma leitura ampla e legítima do termo pluralismo político previsto no texto constitucional.

O acórdão cuja ementa se transcreveu acima estatui que não configura ato de improbidade administrativa a lavratura de parecer jurídico, mesmo que equivocado em seus fundamentos intrínsecos. O advogado público, ao emitir parecer, deve ser albergado pela inviolabilidade prevista no artigo 2º, §3º³², do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil³³ mesmo quando emitir parecer equivocado ou quando adota tese minoritária. Somente se configurará responsabilidade quando presente o dolo ou má-fé na elaboração de seu ato.

4. O atual posicionamento do supremo tribunal federal quando do julgamento dos ms 24.631-6/Df e 30.982/Df

Por seu turno, o Supremo Tribunal Federal também respalda o entendimento aqui defendido, como aliás foi citado na lavratura dos votos e acórdãos acima citados. Parece cabível uma análise pormenorizada de alguns dos precedentes do STF que são citados nos julgados que instruem este ensaio.

Nos autos do Mandado de Segurança n.º 24.854-1/DF, discutiu-se a legalidade e a legitimidade da convocação de

32. Art. 2º (...)

§ 3º No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei.

33. Lei Federal n.º 8.906/94.

advogados públicos para prestarem esclarecimentos ao Tribunal de Contas da União, na qualidade de responsáveis, por terem analisado termos aditivos a convênio pré-existente no âmbito do Instituto Nacional do Seguro Social. A ordem foi denegada, mas mesmo assim o julgamento do caso levou o plenário a intenso debate, tendo inclusive o Ministro Gilmar Mendes se posicionado no seguinte sentido (em voto-vista posteriormente ratificado):

“(...) A segunda imputação é a de que os procuradores teriam burlado o processo licitatório, “tendo em vista os planos de trabalho anteriores definidos, natureza da classificação da despesa (aplicação direta) e subcontratação da execução evidenciaram não se tratar de convênio (mútua compreensão e interesse recíproco das partes), mas sim contrato administrativo (contraprestação de serviços).

A imputação chega a ser imprópria. Pretender que a formulação do convênio tenha sido responsável por eventual burla ao sistema licitatório afigura-se abusivo.

(...)

É certo que os procuradores emitiram pareceres – até de forma extremamente cautelosa, ressalto –, para a formalização do convênio. Na espécie, o que se discute é a execução desse convênio (fls. 31 e segs.).

No entanto, não vejo como extrair das referidas manifestações a responsabilidade solidária por sua má execução ou pela falta de prestação de contas por parte do convenente.

(...)

Por isso, exatamente como essa Corte decidiu no precedente MS 24.073/DF, Rel. Carlos Velloso, DJ 31.10.03, é

impossível responsabilizar o advogado solidariamente com o administrador que decidiu pela contratação, “dado que o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos da administração ativa. Celso Antônio Bandeira de Mello, ‘Curso de Direito Administrativo’, Malheiros Ed., 13ª ed. p. 377.”³⁴

Oportuna e justamente, o Supremo Tribunal Federal alijou do ordenamento jurídico qualquer conceito amplo de responsabilidade em relação a pareceres exarados por advogados públicos, quando do julgamento unânime do Mandado de Segurança n.º 24.631-6/DF, da relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, em julgamento conjunto ao MS n.º 24.854-1/DF:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO. AUDITORIA PELO TCU. RESPONSABILIDADE DE PROCURADOR DE AUTARQUIA POR EMISSÃO DE PARECER TÉCNICO- JURÍDICO DE NATUREZA OPINATIVA. SEGURANÇA DEFERIDA.

I - Repercussões de natureza jurídico - administrativa do parecer jurídico: (i) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que se poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo; (ii) quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula ao emitir o ato tal como submetido à consul-

34. MS 24.854-1/DF. REL. Min. Marco Aurélio. Julgamento em 09.08.2007.

toria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer; (iii) quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídica deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão ou, então, não decidir.

II - No caso de que cuidam os autos, o parecer emitido pelo impetrante não tinha caráter vinculante. Sua aprovação pelo superior hierárquico não desvirtua sua natureza opinativa, nem o torna parte de ato administrativo posterior do qual possa eventualmente ocorrer dano ao erário, mas apenas incorpora sua fundamentação ao ato.

III - Controle externo: É lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre o parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo- disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa. Mandado de Segurança deferido.³⁵

Já o julgamento, nas últimas semanas de Maio de 2014, do MS n.º 30.982/DF, sob a relatoria do Ministro Luiz Fux, assim restou ementado:

35. MS 24.631-6/DF. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Julgamento em 09.08.2007.

ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. FIXAÇÃO DE MULTA. RESPONSABILIDADE DE COORDENADOR JURÍDICO DA CODESA POR ELABORAÇÃO DE PARECER MERAMENTE CONSULTIVO. INOCORRÊNCIA. EXCLUSÃO DA MULTA. PRECEDENTES: MS 24.073, REL. MIN. CARLOS VELLOSO, E MS 24.631, REL. MIN. JOAQUIM BARBOSA. SEGURANÇA CONCEDIDA.³⁶

Porém, no que interessa ao presente estudo do citado *writ*, deve ser mencionada parte do voto exarado pelo Ministro Luiz Fux, em que esse magistrado estabelece, com sua percuciente argumentação, o perigo de se admitir denúncia contra membros de órgãos jurídicos de assessoramento quando a imputação está calcada, apenas, no equivocado entendimento jurídico do procurador e inexistente a demonstração de atendimento a algum interesse escuso na manifestação escrita do parecerista:

“No Superior Tribunal de Justiça, tivemos a oportunidade de decidir uma causa semelhante, por isso que, neste caso, também há essa coincidência. Lá acentuou-se que quem pretende praticar um ilícito não consulta parecer de procuradoria jurídica para saber se vai fazer bem ou mal; faz mal, assumindo o risco de produzir o resultado. Aqui houve, então, uma consulta da procuradoria. Então, pode-se partir da premissa de que o procurador também estava em conluio para a prática desse ilícito - esse conluio não foi demonstrado nos autos. Então, restaria o quê? Atribuir ao procurador do Estado, do município, procurador ou advogado, um crime de exegese, que já foi banido do ordenamento de há muito. Quer dizer,

36. MS 30.982/DF. Rel. Min. Luiz Fux. Julgamento em 20.05.2014.

*a má interpretação do Direito não pode conduzir à configuração de um ilícito penal, salvo se determinar o elemento subjetivo do tipo - como Vossa Excelência destacou - com a finalidade de fraudar.”*³⁷

Percebe-se, portanto, plena consonância entre a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, em caráter de veras justo, no que tange ao respeito às garantias de independência e às prerrogativas da advocacia pública.

Considerações finais

Buscou-se neste trabalho proceder a uma crítica aberta acerca da rotina adotada processualmente pelo Ministério Público buscando desenfreadamente e sem qualquer critério objetivo prévio, a responsabilização de advogados públicos por pareceres lavrados. A premissa ministerial que justifica, via de regra, tal responsabilização é a discordância do *parquet* acerca das opiniões exaradas no respectivo *dictamen*.

Definitivamente, isso não é legítimo, sequer democrático e republicano.

Ações de Improbidade Administrativa que tenham sido instauradas em desfavor de advogados públicos com base exclusivamente em hermenêutica divergente ou premissas jurídicas equivocadas e sem demonstração prévia, ainda que indiciária, de dolo ou culpa consciente do parecerista, devem ser rejeitadas³⁸, ante aplicação direta do artigo 133 da Constituição da República. É ônus processual do *parquet* descrever

37. Transcrição da sessão de julgamento do Inquérito 3.077/AL, Relator Min. Dias Toffoli. Julgado 20/03/2012, publicado no DJe 25/09/2012.

38. Artigo 17, § 8º, Lei Federal n.º 8.429/92.

e demonstrar minuciosamente que a hipótese posta em juízo ultrapassa essas duas situações.

A legitimidade para a propositura da Ação Civil por Ato de Improbidade Administrativa reservada ao *parquet* deve ser manejada com harmonia, responsabilidade e, sobretudo, respeito às funções essenciais à Justiça constitucionalmente previstas.

Portanto, é vedado ao Ministério Público declarar unilateralmente como inquinado o parecer jurídico cuja tese ali defendida afronte o seu próprio entendimento, e em consequência de tal discordância buscar a responsabilização do advogado público autor de tal entendimento materializado no respectivo *dictamen*.

O parecer jurídico que remonte equivocado, ou seja, aquele cuja tese ali defendida contenha efetiva impropriedade decorrente de premissas jurídicas destoantes da lei de regência ou de entendimento minoritário também não é, por si só, considerado ato de improbidade administrativa. Tal ato enunciativo, ainda que errôneo, não legitima a propositura de ação em desfavor de seu autor.

Todavia, é necessário ressaltar que a inviolabilidade constitucionalmente prevista para o exercício da advocacia apenas recai sobre pareceres lavrados com isenção e independência. Se o ato foi lavrado dolosamente e destinado a permitir irregularidades, perde a natureza de ato opinativo e passa a ser uma fraude processual, submetendo inclusive seu agente à possibilidade real de perder a função que exerce. Logo, havendo dolo na atuação do advogado público, haverá um ato de improbidade administrativa dissimulado sob a forma de parecer jurídico, devendo seu agente ser regularmente punido, na forma da lei, respeitando-se o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Referências bibliográficas

AGRA, Walber Moura. Curso de Direito Constitucional. 4^a. edição. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

AMORIM, Gustavo Henrique Pinheiro de. O advogado Público na função consultiva, os pareceres jurídicos e a responsabilidade deles decorrentes. In: MARINELA, Fernanda; BOLZAN, Fabrício (orgs.). Advocacia Pública – Leituras complementares de Direito Administrativo. Salvador: JusPodivm, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição da República Federativa do Brasil anotada. 4^a edição. São Paulo: Saraiva, 2003.

BOBBIO, Norberto. Da estrutura à função: novos estudos de Teoria do Direito. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

BULLOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal Anotada. 8^a ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAMMAROSANO, Márcio. Da responsabilidade de autoridades governamentais por atos que expõem tendo por suporte pareceres jurídicos, e dos autores destes. ILC n. 37, mar. 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 20^a edição. São Paulo: Atlas, 2007.

GRAU. Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/ aplicação do direito. 3^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. Ed. Saraiva, São Paulo, 2005.

LOBO, Paulo. Comentários ao estatuto da advocacia e da OAB. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito. Debates em Direito Público. Ano IV, nº 4. p. 36-65. Outubro de 2005.

_____. As funções essenciais à justiça e as procuraturas constitucionais. Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, n. 45, p. 41-57, 1992.

NABUCO, Joaquim. **Um estadista do Império**. 5ª Edição. Rio de Janeiro, Topbooks, 1997.

NÁDER, Paulo. Introdução ao estudo do direito. 25ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

NIEBUHR, Joel de Menezes. Responsabilidade de advogados pela emissão de pareceres jurídicos para a Administração Pública. Informativo de Licitação e Contratos. Curitiba: Zênite, 2004.

OSÓRIO, Fabio Medina. Improbidade Administrativa. Ed. Síntese, Porto Alegre, 1998.

Porque não precisamos de robôs: a advocacia pública e o princípio da legalidade em tempos de crise

Fernando Barroso de Deus

Introdução

A atividade do advogado no âmbito da Administração Pública é quase sinônima de segurança jurídica. Assim, ao se pronunciar sobre um determinado assunto, o advogado público exerce *mister* garantidor, no sentido de avaliar o ato do Administrador quanto a sua legitimidade e legalidade estrutural³⁹.

Todavia, o princípio tem sido utilizado pela advocacia pública algumas vezes de forma equivocada, seja porque en-

39. Diz-se legalidade estrutural pois, ao advogado público não é dado, via de regra, a análise do mérito administrativo (a decisão discricionária do gestor), bem como a existência ou não de fracionamento de despesas. O trabalho do advogado público, assim, refere-se maioria das vezes aos elementos externos do ato administrativo, confrontando-os com a lei.

rijeitado pelo operador da estrita legalidade, seja porque confundido com o puro e irrestrito legalismo.

Desta forma, na esteira do referido princípio, a advocacia pública tende à procura de leis absolutamente objetivas, como se o legislador, em um manual completo, pudesse ter previsto textualmente e de forma exaustiva todos os atos da Administração, não deixando espaço para a atividade interpretativa do gestor, avalizada, no caso, pelo advogado público.

Por outro lado, como etapa do ciclo de políticas públicas, as agendas da Administração perpassam inevitavelmente pela análise jurídica das ações de governo, e que não poucas vezes são inviabilizadas pela ausência de uma atividade jurídica inovadora, com soluções que acompanhem o dinamismo e a fluidez da gestão da coisa pública.

Leva-se, deste modo, o princípio da legalidade a níveis extremos, não apenas para se exigir que haja previsão legal quanto a determinada prática da Administração, mas para se cobrar que esteja descrita de forma absoluta e minuciosa. Enfatiza-se, neste sentido, a necessidade de que os atos estejam exaustivamente descritos no texto legal, entendendo o princípio de forma legalista e burocrática.

Entretanto, em tempos de crise, tanto pela necessidade do aumento da arrecadação, quanto pela imperiosidade na redução de despesas, o advogado público deverá se deparar com uma série de soluções ainda não testadas, obrigando a advocacia pública a agir para além da ortodoxia disfuncional do princípio da legalidade.

É que contrariamente ao setor privado, onde a legislação e a sua interpretação se amoldam aos expedientes do mercado, no que se refere à Administração Pública, são as soluções que necessariamente precisam se adequar à lei. O movimento, desta forma, é inverso, criando não poucas vezes barreiras impossíveis de transpor.

Desta forma, uma produção de soluções inovadoras dependerá necessariamente de uma interpretação instrumentalista da legalidade, o que inevitavelmente obrigará o advogado público à construção de entendimentos variados e que nem sempre encontrarão seu perfeito dispositivo legal.

De tudo exposto, o presente artigo tem como objetivo a análise do princípio da legalidade dentro de um contexto de crise, onde a busca por soluções que resultem na redução de despesas ou no aumento da arrecadação demande a construção de interpretações menos rigorosas ou conservadoras, e que aproximem o texto legal, de forma realística, aos desafios do caso concreto. A ideia é ainda, sob o ponto de vista da Administração, observar o quanto dessa nova realidade tem a ver com a atividade dos advogados públicos, principalmente no que se refere à formulação de novos parâmetros de interpretação.

Por fim, deve-se frisar o porquê de concentrarmos nosso trabalho nos processos administrativos. É que nas ações judiciais, normalmente o advogado público age, ainda que pautado em diretivas gerais do órgão, de forma menos burocrática e legalista, principalmente em razão de não haver ali, estrito senso, um procedimento de ordenação de despesas. Ademais, no campo judicial, o princípio da legalidade é substituído pela decisão do magistrado, atuando o advogado público no campo da retórica jurídica, não opinando (mas apenas defendendo) a legalidade de algum ato da Administração, em ambiente, portanto, sensivelmente mais confortável.

1. A legalidade é um princípio:

Na Administração Pública, a legalidade é observada como uma espécie de *dogma*, no sentido de pouco se admitir a sua ponderação. Entretanto, dado que também poderia ser sopesada quando confrontada com outros valores, como por exem-

plo o da continuidade dos serviços públicos⁴⁰, a legalidade, pelo menos de acordo com o que se tem na literatura acadêmica acerca do assunto, seria naturalmente um princípio jurídico.

Desta maneira, sua própria essência seria o bastante para se questionar o porquê do rigor quando observada pela Administração Pública. Se de fato é um princípio, a legalidade deveria ser entendida em um contexto menos intransigente, dando a oportunidade a uma série de possíveis interpretações do texto legal.

O que se está tentando dizer é que sendo a legalidade um princípio, não parece razoável exigir que o texto legal atue exaustivamente na descrição do ato administrativo, o que em tese seria mais compatível com as regras jurídicas. Deste modo, é natural que a legalidade seja examinada sob um aspecto menos literal e de forma menos exaustiva e mais conceitual, o que não recomendaria, por si, a ausência da sua positivação, mas que não obrigaria o esgotamento de todos os atos possíveis de serem produzidos pelo gestor no corpo do texto⁴¹.

Por outro lado, não se está tentando defender que o princípio da legalidade seja relativizado ou sopesado sempre que o interesse público assim o aconselhar. Entendemos que o princípio deva ser observado inevitavelmente em todos os atos produzidos pela Administração Pública, contudo, nossa

40. É comum, infelizmente, a prorrogação de contratações emergenciais para além dos 180 (cento e oitenta) dias previstos no inciso IV, do artigo 24 da Lei nº 8666/93. A medida, muita das vezes, é criada pelo próprio Gestor, por exemplo, com o envio de editais de licitação deficitários ao TCE, a fim de que aquela Corte de Contas não tenha tempo o suficiente para apontar as irregularidades que encontrar, inviabilizando a realização de uma nova licitação. Sendo assim, força-se a manutenção da contratação emergencial, mesmo que acima do prazo legal, para se evitar o mal maior da suspensão do serviço público.

41. No ponto, talvez tenhamos nos afastado da posição de Eros Roberto Grau, quanto a natureza jurídica dos princípios (GRAU, 2017, p. 114 e 115).

hipótese é que a exigência da lei deva ser examinada principalmente sob o seu aspecto autorizativo e não necessariamente descritivo, havendo liberdade ao gestor, portanto, para impelir os meios necessários à realização da política pública.

Desta feita, o princípio da legalidade não deve ser relacionado à necessidade de que determinada atividade administrativa esteja exaustivamente descrita na lei, como se o legislador, em um manual completo e acabado, pudesse condensar no texto legal toda infinidade de oportunidades sociais, econômicas, etc., que porventura venham acontecer. O que se exige com o princípio é que haja uma autorização legal a respeito daquilo que se pretende realizar, o que se deve extrair da interpretação da lei, enfrentada com a realidade e com os fatos, a norma jurídica a fundamentar a norma de decisão⁴².

3. Lei e norma - interpretação e aplicação:

É comum se defender em artigos jurídicos, sobretudo os que defendem um direito processual publicístico⁴³, que o juiz, enquanto órgão decisor, não seria exatamente a boca da lei. Não bastaria, portanto, para a concretização de uma decisão satisfatória, que o magistrado apenas *descobrisse* a lei

42. De acordo com o autor (GRAU, 2017, p.62), a interpretação, em última instância, teria como objetivo a solução de um caso concreto e que se operaria mediante a obtenção de uma norma de decisão. A norma de decisão, portanto, segundo o professor, seria a norma jurídica aplicada a um caso concreto.

43. É o que leciona Luiz Guilherme Marinoni (2005, p. 30): “O juiz não é mais a boca da lei, como queria Montesquieu, mas sim o projeto de um direito que toma em consideração a lei à luz da Constituição e, assim, faz os devidos ajustes para suprir as suas imperfeições ou encontrar uma interpretação adequada, podendo chegar a considerá-la inconstitucional no caso em que a sua aplicação não é possível diante dos princípios de justiça e direitos fundamentais. O neoconstitucionalismo depende do controle jurisdicional da lei”.

aplicável ao caso concreto, sem para tanto realizar algum tipo de interpretação.

Todavia, no âmbito da Administração Pública, provavelmente em virtude de uma equivocada compreensão do princípio da legalidade, é justamente isso, mas em um sentido inverso, que se espera dos advogados públicos. Ou seja, se não é dado ao advogado público descobrir a lei aplicável ao caso concreto, lhe é exigido observar se o caso concreto encontra-se ou não previsto em lei, e caso esteja, se atendeu os seus respectivos requisitos de forma literal.

E é aí que as coisas parecem se perder.

É que lei e norma não se confundem. A lei, enquanto publicada, descreve uma realidade apriorística, não testada no mundo dos fatos, ainda não aproximada, portanto, da sua hipótese de aplicação. Já a norma, extraída da avaliação do seu intérprete, é a lei hipoteticamente prevista, confrontada com a realidade e os fatos, os considerando inclusive para a definição do seu conteúdo. Sendo assim, é possível que uma mesma lei, quando experimentada no plano físico (e não só no metafísico), e a depender do seu intérprete, apresente normas drasticamente diferenciadas, ainda que descrevendo uma essência similar.

O que se está defendendo é que uma lei, quando realizada no plano concreto, poderá deflagrar normas jurídicas variadas, não sendo correto dizer, sem que para tanto se considere a realidade enfrentada, qual seria, portanto, a solução mais correta⁴⁴.

44. Neste sentido, segundo o professor Eros Roberto Grau (2017, p. 57, 75 e 76): O trabalho jurídico de construção das normas aplicáveis a cada caso é trabalho artesanal. Cada solução jurídica, para cada caso, será sempre, renovadamente, uma nova solução. Por isso mesmo – e tal deve ser enfatizado – a interpretação do direito se realiza não como mero exercício de leitura de textos normativos, para o quê bastaria ao intérprete ser alfabetizado (...) Outra circunstância devo, a esta altura, enfatizar. Embora o

Todavia, embora a lei possa gerar normas jurídicas de diversos resultados, não se patrocina a ideia de que o intérprete é livre para deflagrar a consequência que quiser. O ator, em confronto com a realidade (e fato) não pode obviamente originar uma norma jurídica que seja contrária a lei interpretada, ou a algum núcleo que possua como decisivo e inafastável. Qualquer intérprete (GRAU, 2017, p. 91), assim como todo juiz, estará sempre vinculado pelos textos normativos.

Isto posto, em tempos de crise, importa que o advogado público encare a legalidade em seu caráter instrumental, evitando assim interpretações burocráticas e *robotizadas* do referido princípio. Deve, deste modo, oferecer soluções inovadoras e potencialmente convincentes, extraindo a norma jurídica mais apropriada à solução de políticas públicas, mas sem abrir mão da segurança e garantia do tesouro administrativo.

intérprete esteja vinculado pelos textos, o fato de a interpretação consubstanciar um prudência importa em que possa variar, ainda em determinado e específico espaço de tempo, o entendimento que, ao decidir questões idênticas entre si, diversas autoridades judiciárias atribuam a um mesmo texto (...) Poder-se-á, quando muito, afirmar que estas ou aquelas, entre elas, são logicamente verdadeiras, na medida em que os argumentos usados para justificá-las e elas próprias relacionam-se logicamente (isso, contudo, não atesta senão sua correção). Além de tudo, as decisões interpretativas são sempre tomadas em função e em razão de um problema. E as soluções atribuíveis aos problemas jurídicos não são definíveis exclusivamente a partir da atribuição de um ou outro significados a determinado texto, porém desde ponderação de múltiplas variáveis. Eis o ponto a enfatizar: questão de fato e questão de direito se interpenetram, de sorte que, para cada decisão do caso real sob a norma - diz Hassener [1985:73] -, a pessoa que deve tomar a decisão necessita de informações que não se desprendem da norma, mas que, não obstante, determinam a decisão (...) É fundamental, ademais, aqui, relembrarmos que interpretação e aplicação não se realizam autonomamente. O discernimento do sentido do texto dá-se a partir - e em razão - de determinado caso.

4. Sobre a parcela de responsabilidade dos órgãos de controle externo pela leitura burocrática do princípio da legalidade pela advocacia pública:

Verdade seja dita, grande parte da anotação burocrática que a advocacia pública possui em relação à legalidade, tem como razão o temor da interpretação que os órgãos de controle externo, bem como o Poder Judiciário, fazem do referido princípio. A reação, neste sentido, seria o reflexo de um controle burocrático, inamovível, distante e muitas vezes intransigente da realidade pública pelos órgãos de controle externo.

É imprescindível, neste sentido, para uma administração desburocratizada, que todos os atores envolvidos na interpretação e aplicação do Direito Público entendam o princípio da legalidade em sua qualidade instrumental. O controle, deve-se dizer, não é desaconselhável, mas é preciso que o seja de forma funcional, horizontalizado, adequado à dinâmica e a fluidez do serviço público.

A advocacia pública, neste sentido, atua (ou deveria) prévia, concomitante e posteriormente à realização do ato administrativo, e assim sendo, o advogado público a todo tempo - como o gestor - realiza escolhas difíceis (*hard choices*), de modo que sua decisão não só autoriza ou ratifica, mas efetivamente integra e corporifica a solução de políticas públicas.

Outrossim, para uma advocacia pública desburocratizada e adequada aos tempos de crise, é preciso que os órgãos de controle externo, como também a jurisprudência dos tribunais, sejam de todo modo compreensivos, sob pena de tornar inconciliáveis a eficiência da coisa pública e o respeito ao regramento exigido para administrá-la (leis, portarias, decretos, resoluções, deliberações, etc.). É imperioso, deste modo,

o diagnóstico do excesso de controle, fenômeno estudado pela ciência da Administração e conhecido pela doutrina por *over-accountability* (HEREK, 2017, p. 34 e 35):

Essa discussão prioriza a influência da *accountability* sobre o agente. Bovens (2005) trata das disfunções da *accountability*. Para o referido autor o controle muito rigoroso costuma mitigar a iniciativa do agente e torná-lo obsessivo com as regras burocráticas; muita ênfase na integridade e controle da corrupção pode conduzir a um procedimentalismo que dificulta a eficiência e a efetividade das organizações públicas; muita ênfase em *accountability* e transparência podem levar a decisões sub-ótimas e ineficientes ao invés de melhorar a performance; em situações de escassez de recursos, muitas medidas de *accountability* podem levar a uma má distribuição dos recursos; e o aumento excessivo da transparência pode tornar a *accountability* em uma política de escândalos e reduzir a legitimidade de um governo (...). O problema básico, segundo Gersen e Stephenson (2015), é que o principal está em desvantagem informacional, em dois aspectos: (1) em muitas decisões o agente tem melhores informações sobre as consequências dos diferentes cursos da ação, e, (2) o principal está frequentemente incerto sobre as preferências e habilidades do agente. A interação entre estas duas incertezas pode criar incentivos para agentes agirem de modo contrário aos interesses do principal. Esta dinâmica é o cerne do problema de *over-accountability*. Os mecanismos de *accountability* criam incentivos para o agente tomar decisões que o principal espera que seja a melhor, e

isso não é o mesmo que tomar decisões que são verdadeiramente no melhor interesse do principal.

Deste modo, para uma devida adequação do princípio da legalidade aos desafios de um país em crise, também os órgãos de controle externo devem se adaptar a possibilidade da realização de soluções pouco usuais, ainda não experimentadas, e acima de tudo que ofereçam respostas não *encaixotáveis* em esquemas absolutos de subsunção. Nem sempre é possível, desta maneira, *pôr as coisas em prateleiras*, organizadas em catálogos definitivos e de classificação objetiva.

Em tempos de crise, portanto, é imperioso que certos nodais sejam revisitados, que determinados princípios (até porque são princípios) sejam redimensionados e que algumas premissas sejam adaptadas aos novos desafios. O Direito é dinâmico, é movimento e para a necessidade de novas soluções, seja no campo da contenção de custos, seja no âmbito da arrecadação de receitas, importa que a advocacia pública saia da zona de conforto do princípio da legalidade para efetivamente participar do ciclo de políticas públicas como *sujeito ativo* de inovações.

Conclusão

De tudo exposto, a conclusão que se extrai é a de que o advogado público atualmente deve se posicionar em *local de fala* diferente daquele que sempre se posicionou. Assim, mormente em processos administrativos, a atuação da advocacia pública deve ir além do seu aspecto consultivo, muitas vezes distanciado da política governamental que se pretende implementar, e que faz do advogado sujeito de análise externa desinteressado na realização dos objetivos estatais.

É necessário que a advocacia pública, portanto, se enxergue como parte integrante e essencial do ciclo de

políticas públicas, não como um agente exterior ao discurso, mas como sujeito ativo de soluções e respostas jurídico-político-administrativas. Para tanto, importa que a advocacia pública domine um conhecimento minimamente *inter* e transdisciplinar, entendendo que a atividade jurídica é senão uma entre as variadas áreas do saber que contribuirão para a formulação, implementação e avaliação de políticas públicas.

Aliás, é aconselhável que o advogado público participe de cursos de especialização em gestão oferecidos no país, já que à esta altura, diante dos desafios empreendidos, qualquer construção jurídica que se realize e pretenda eficiente, deverá considerar princípios e conceitos básicos desenvolvidos pela ciência da Administração Pública.

É que a ciência jurídica sempre gozou de uma autonomia acadêmica hoje incompatível com a horizontalidade do conhecimento científico. Embora seja mesmo inoportuno dispensar a dogmática, o raciocínio jurídico deve ser aproximado à realidade que pretende confrontar, sob pena de perder relevância pragmática. Sobre o assunto, especialmente no que se refere à pesquisa jurídica, a professora Maria Guadalupe Piragibe da Fonseca leciona que:

Como diz Tércio Sampaio Ferraz Jr., a dogmática jurídica não esgota o campo da ciência do direito. De acordo com essa afirmação, entende-se que é possível aplicar o método aqui denominado socio-jurídico-crítico para estudos descritivos de variados temas jurídicos com o objetivo de questionar e mesmo contestar definições, classificações, categorias, institutos outras construções jurídicas positivadas, bem como opiniões doutrinárias estabelecidas. A aplicação do método – é preciso que se diga – exige considerar que se a pesquisa jurídico-científica não

deve ter intuito apenas especulativo, muito menos a pesquisa jurídico-operacional. Em ambas, vale enfatizar, a finalidade é principalmente prática, pois se desenrola em um campo onde as decisões sobre como regulamentar as relações sociais, ou sobre como solucionar uma situação de conflito são prioritárias (...). Nessas condições, é corrente a ideia de que o saber jurídico é um saber sobre os dogmas do direito, um saber que tem por objeto o direito formalizado e integrante de grandes ordenamentos positivados. Mas, caso se admita que o saber jurídico pode se aventurar a ultrapassar os limites da dogmática jurídica, caberá ao direito ciência pensar e repensar as condições de aplicabilidade das normas. Essa reflexão permanente se traduz em opiniões e argumentos a respeito da elaboração, interpretação e aplicação dos ordenamentos jurídicos (...) Tal como ainda é praticada hoje: dogmática do direito como lugar do saber sobre normas repressivas e argumentos persuasivos voltados para a interpretação/aplicação das normas segundo técnicas tradicionais apenas, corre o risco de parecer desenfocada, tal como lentes superadas que já não se prestam para visualizar os fatos como se apresentam hoje, quando o Estado e o mercado se alteraram em face de mudanças significativas ocorridas nas áreas dos negócios, da comunicação, da globalização dos interesses econômicos etc. (FONSECA, 2009, p. 68 e 69).

Igualmente, é também indispensável a revisitação do princípio da segregação de funções. É importante, desta forma, que o assunto seja discutido sob um viés hermético, menos partimentado e compromissado com o restante das eta-

pas administrativas, principalmente no que se refere ao ciclo de políticas públicas.

Deve-se, por este motivo, de uma vez por todas desmitificar a opinião de que a atuação do advogado público, ora na construção da política pública, resultaria, ainda que indiretamente, na contrariedade do princípio da segregação de funções, dada a impossibilidade de um controle jurídico sobre ato que eventualmente ajudou a construir. Pelo contrário, a atuação do advogado público ainda no embrionário da política governamental serviria para evitar justamente que desvios de ordem jurídica fossem desde o início produzidos.

Por outro lado, é importante que os órgãos de controle externo se esforcem para agir de forma integrada, mormente no que se refere a informações procedimentais. Assim, de maneira aproximada à realidade administrativa, atuariam no sentido de colaboração com a Administração Pública, sem contudo se desviar das suas atividades regulatórias.

De outra banda, é preciso acabar com o mito do gestor inimigo, infelizmente reforçado em artigo recentemente publicado pelo sítio da Editora Gen Jurídico, de autoria do professor Luiz Henrique Lima (2018, p. 1).

Por fim, é imprescindível que o advogado público perceba o princípio da legalidade em seu aspecto instrumental, o que inclusive insistentemente defendido neste trabalho. A construção do discurso argumentativo, própria do ser humano, deve deste modo ser considerada na aplicação das normas jurídicas, bem como na interpretação do princípio da legalidade, caso contrário, melhor e mais barato seria para a Administração Pública a contratação de robôs, sem remuneração, sem descanso, mas sem qualquer capacidade de inovação e criatividade.

Não há mais espaço, portanto, para robôs na advocacia pública, ou pelo menos não deveria haver.

Referências Bibliográficas

FONSECA, Maria Guadalupe Piragibe da. Iniciação à pesquisa do direito: pelos caminhos do conhecimento e da invenção. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

GRAU, Eros. Por Que Tenho Medo Dos Juízes - 8ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

HEREK, Monica. Accountability no Contexto da Educação Superior Brasileiro: Comparativo entre Universidade Federal, Estadual e Municipal. Tese apresentada à Escola de Administração de Empresas de São Paulo, da Fundação Getúlio Vargas, em cumprimento aos requisitos para obtenção do título de Doutora em Administração Pública e Governo. 2017. Disponível em <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18642/tese_herek_201707jul14.pdf> Acesso em: 20 mai. 2018.

LIMA, Luiz Henrique. Três inimigos do controle externo. 2018. <http://genjuridico.com.br/2018/05/17/tres-inimigos-do-controle-externo/?utm_medium=push&utm_source=push&utm_campaign=push> Acesso em: 20 mai. 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no estado contemporâneo in Estudos de direito processual civil / Luiz Guilherme Marinoni, coordenador. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

1ª EDIÇÃO *Agosto de 2018*
FORMATO *14x21cm*
MIOLO *Papel Offset 75 g/m²*
CAPA *Papel Supremo 250 g/m²*
TIPOGRAFIA *Bergamo Std*
IMPRESSÃO *Gráfica Multifoco*