DIREITO PÚBLICO: DIÁLOGOS NACIONAIS E INTERNACIONAIS

FGB/PEMBROKE COLLINS
CONSELHO EDITORIAL

PRESIDÊNCIA Felipe Dutra Asensi

CONSELHEIROS
Adolfo Mamoru Nishiyama (UNIP, São Paulo)
Adriano Moura da Fonseca Pinto (UNESA, Rio de Janeiro)
Adriano Rosa (USU, Rio de Janeiro)
Arthur Bezerra Junior (UNINOVE, São Paulo)
Aura Helena Peñas Felizzola (Universidad de Santo Tomás, Colômbia)
Carlos Mourão (PGM, São Paulo)
Claudio Joel B. Lossio (Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal)
Coriolano de Almeida Camargo (UPM, São Paulo)
Daniel Giotti de Paula (INTEJUR, Juiz de Fora)
Denise Mercedes N. N. Lopes Salles (UNILASSALE, Niterói)
Douglas Castro (Foundation for Law and International Affairs, Estados Unidos)
Glaucia Ribeiro (UEA, Manaus)
Isabelle Dias Carneiro Santos (UFMS, Campo Grande)
Jonathan Regis (UNIVALI, Itajaí)
Julian Mora Aliseda (Universidad de Extremadura. Espanha)
Leila Aparecida Chevchuk de Oliveira (TRT 2ª Região, São Paulo)
Luciano Nascimento (UEPB, João Pessoa)
Luiz Renato Telles Otaviano (UFMS, Três Lagoas)
Marcelo Pereira de Almeida (UFF, Niterói)
Marcia Cavalcanti (USU, Rio de Janeiro)
Marcio de Oliveira Caldas (FBT, Porto Alegre)
Omar Toledo Toríbio (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Peru)
Rogério Borba (UVA, Rio de Janeiro)
Rosangela Tremel (UNISUL, Florianópolis)
Roseni Pinheiro (UERJ, Rio de Janeiro)
Sergio de Souza Salles (UCP, Petrópolis)
Thiago Rodrigues Pereira (Novo Liceu, Portugal)
Vanessa Velasco Brito Reis (UCP, Petrópolis)

ORGANIZADORES:
ANGELA LIMONGI ALVES, CÁTIA RAULINO, GLAUCIA RIBEIRO, LEONAM LIZIERO

DIREITO PÚBLICO: DIÁLOGOS NACIONAIS E INTERNACIONAIS

GRUPO FGB/PEMBROKE COLLINS
Rio de Janeiro, 2019

Copyright © 2019 Angela Limongi Alves, Cátia Raulino, Glaucia Ribeiro, Leonam Liziero (org).

DIREÇÃO EDITORIAL Felipe Asensi
EDIÇÃO E EDITORAÇÃO Felipe Asensi
REVISÃO Coordenação Editorial FGB/Pembroke Collins
PROJETO GRÁFICO E CAPA Diniz Gomes
DIAGRAMAÇÃO Diniz Gomes

DIREITOS RESERVADOS A

GRUPO FGB/PEMBROKE COLLINS
Rua Pedro Primeiro, 07/606
20060-050 / Rio de Janeiro, RJ
pembrokecollins@caedjus.com
www.pembrokecollins.com

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS
Nenhuma parte deste livro pode ser utilizada ou reproduzida sob quaisquer meios existentes sem autorização por escrito da Editora.

FINANCIAMENTO
Este livro foi financiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro, pelo Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus), pelo Conselho Internacional de Altos Estudos em Educação (CAEduca) e pela Editora FGB/Pembroke Collins.

D598

Direito público: diálogos nacionais e internacionais / Angela Limongi Alves, Cátia Raulino, Glaucia Ribeiro e Leonam Liziero (organizadores). – Rio de Janeiro: FGB / Pembroke Collins, 2019.

692 p.

ISBN 978-65-81331-05-4.

1. Direito público. 2. Direito público internacional. I. Alves, Angela Limongi (org.). II. Raulino, Cátia (org.). III. Ribeiro, Glaucia (org.). IV. Liziero, Leonam (org.).

CDD 342

Bibliotecária: Aneli Beloni CRB7 075/19.

SUMÁRIO

ARTIGOS - DIREITO PÚBLICO.....15

O CONTROLE INTERNO COMO ELEMENTO FUNDAMENTAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SEU PAPEL NA TRANSIÇÃO DE GOVERNO.....17
Jackelline Rosa Pessoa

O SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO ADOTADO PELA CONSTITUIÇÃO E OS DESVIOS INQUISITORIAIS NA OPERAÇÃO LAVA JATO.....37
Anderson do Prado Silva

O ENCONTRO ENTRE O INVENTÁRIO E O TOMBAMENTO: EFEITOS JURÍDICOS COMPARTILHADOS E FUNÇÕES COMPLEMENTARES.....54
Leonardo Carvalho Gusmão

A DESÍDIA DO FUNCIONÁRIO PÚBLICO COMO ATO PASSÍVEL DE AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA SOB O PRISMA DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA.....70
Ana Caroline Lima Melo

INGERÊNCIAS AO DEVIDO PROCESSO LEGAL E SUAS REPERCUSSÕES A PARTIR DA OBRA 'EICHMANN EM JERUSALÉM: UM RELATO SOBRE A BANALIDADE DO MAL.....87
Glauco Eduardo Salles dos Santos

PROCESSO COMO MICROCOSMO DE MÉTODO CIENTÍFICO: ANÁLISE EPISTEMOLÓGICA DA (IN)ADMISSIBILIDADE DE PSICOGRAFIAS ENQUANTO MEIO DE PROVA.....102
Glauco Eduardo Salles dos Santos

O CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE: UM ESTUDO COMPARADO ENTRE PORTUGAL E BRASIL.....118
Ricardo Russell Brandão Cavalcanti

DO REDIRECIONAMENTO FISCAL TRIBUTÁRIO EM CASOS DE INCORPORAÇÃO DE EMPRESAS: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E DA JURISPRUDÊNCIA ATUAL.....131
Anna Gabriella Oliveira dos Santos

MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS.....150
Tiago Ferreira Santos

AUTONOMIA MUNICIPAL NO FEDERALISMO BRASILEIRO: BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO CONCEITO DE INTERESSE LOCAL.....163
Débora Maria Martins

A NECESSIDADE DA FOMENTAÇÃO DA POLÍTICA DE ESTADO GERENCIAL NO BRASIL E SUA EFICÁCIA EM FACE DO TERCEIRO SETOR.....176
Igor Labre de Oliveira Barros
Dagmar Albertina Gemelli

O PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO ILIMITADO: ENTRE O POSITIVISMO E MUDANÇAS DE PARADIGMAS.....191
Pedro Léo Alves Costa

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO E A SUA INFLUÊNCIA NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS.....208
Glaucia Maria de Araújo Ribeiro
Marília Oliveira de Almeida Lima

A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE DIANTE DA CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DAS RELAÇÕES DE PODER NO ESTADO BRASILEIRO 226
Leíze Ruama Sena Cunha Lima
Antonio Cláudio da Silva Neto

INTERPRETAÇÃO DA IMUNIDADE DO ART. 150, VI, 'C', DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL EM RELAÇÃO AOS IMPOSTOS "INDIRETOS" SOB A PERSPECTIVA DO "CONCEITO DE CONTRIBUINTE".....239
José Manuel Fonseca Martinez

SOBERANIA ESTATAL, SOFT LAW E NOVAS INSTITUCIONALIDADES.....253
Angela Limongi Alvarenga Alves

ATENDIMENTOS DE EMERGÊNCIA PRESTADOS PELA SAÚDE PÚBLICA QUE RESULTAM EM DANOS IATROGÊNICOS.....265
Vanessa Moreira Coelho
Júlia de Paula Vieira

A DESINSTITUCIONALIZAÇÃO DA SAÚDE MENTAL FRENTE À POSSIBILIDADE DE SUA JUDICIALIZAÇÃO 282
Glaucia Maria de Araújo Ribeiro
Vivian Karine Landim Soares Barbosa

O PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO E SEUS LIMITES.....296
Lucienne Michelle Treguer Cwikler Szajnbok

LEI GERAL DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL (PROJETO DE LEI 9746/2018): INSTRUMENTO AO IMPULSIONAMENTO DOS INVESTIMENTOS OU DEFASAGEM E VIOLAÇÃO AO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO/DANOS AO MEIO AMBIENTE.....312
Cristiane Moreira Rossoni
Alexsandra Marafigo

NOTAS SOBRE O DECRETO 9830/19 E SUA IMPLICAÇÃO NO MODELO DE PRECEDENTES – PRIMEIRAS IMPRESSÕES.....329
Marcelo Pereira de Almeida
Letícia Pereira de Araujo
Mauro Bastos Alves Junior
Vera Regina Fróes Villela

A ELABORAÇÃO DE OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL PELA ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS E A PROBLEMÁTICA DO GERENCIAMENTO DE RESÍDUOS EM NÍVEL INTERNACIONAL.....342
Bruna Stank Erlo

REFLEXÕES SOBRE A EFICIÊNCIA DA IN RFB 1877/2019 NA PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE RURAL: UMA REALIDADE EQUIDISTANTE?.....354
Marcelo Nogueira Mallen da Silva

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E O ATIVISMO JUDICIAL: UMA DISCUSSÃO A PARTIR DA TEORIA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE 369
Amanda Greff Escobar

DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E OS INCENTIVOS DA ZONA FRANCA DE MANAUS.....385
Glaucia Maria de Araújo
Marcus Fabiano Praciano Santiago

AÇÕES AFIRMATIVAS SOB A PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE.....402
Gabriela Albuquerque Pereira
Guilherme Augusto Giovanoni da Silva

O ABUSO DO PODER ECONÔMICO NO SISTEMA ELEITORAL BRASILEIRO.....417
Sálvia Souto Maior de Albuquerque
Dorinethe dos Santos Bentes

CONSELHO NACIONAL DE JUSTICA & O DIREITO AMBIENTAL. 433
Bárbara Dias Cabral

CRÍTICA À DEFINIÇÃO DE "PÓS-POSITIVISMO" EM BARROSO: A MALFADADA SUPERAÇÃO TEÓRICA QUE NÃO HOUVE 446
Leonam Liziero

O INSTITUTO DA ENFITEUSE E A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NA ORDEM JURÍDICA ATUAL.....460
Juliana Araujo Pinto

JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE.....478
Alessandra Valle Salino
Glaucia Maria de Araújo Ribeiro

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EXERCIDO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO AMAZONAS.....494
Luma Pimentel Ferreira
Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho

CONSIDERAÇÕES SOBRE O TERMO DE REFERÊNCIA EM LICITAÇÕES PÚBLICAS.....507
Elizandro Brollo

O FATO SOCIAL, A COERÇÃO SOBRE OS INDIVÍDUOS E A TEORIA DO ETIQUETAMENTO E DA SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL.....522
Deyslane Freitas

BREVE HISTÓRICO E DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS SOBRE A QUESTÃO AGRÁRIA NO BRASIL.....533
Bruna Franceschini

CONTEXTUALIZAÇÃO E DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS SOBRE A QUESTÃO AGRÁRIA EM PORTUGAL.....547
Bruna Franceschini

PENHORA ELETRÔNICA COMO FORMA EXCEPCIONAL DE GARANTIA DE CRÉDITO NA EXECUÇÃO FISCAL.....559
Maria Lenir Rodrigues Pinheiro
Reginaldo Guedes da Silva Filho

ARTIGOS - DIREITO E RELAÇÕES INTERNACIONAIS.....577

DÉFICIT DEMOCRÁTICO EUROPEU: UMA ANÁLISE DAS ELEIÇÕES DE 2019 A PARTIR DO EUROBARÔMETRO.....579
Yago Teodoro Aiub Calixto

MEIOS DE PAGAMENTO USUAIS NO COMÉRCIO INTERNACIONAL E A SEGURANÇA DAS PARTES ENVOLVIDAS.....591
Thaís Cíntia Cárnio

POR UM PLANO NOS MOLDES DO MARSHALL PARA O HAITI.....605
Simone Alvarez Lima

"BREXIT": COROLARIO DE VARIOS FRACASOS POLÍTICOS Y POSIBLE PRELUDIO DE UNA GRAN CRISIS JURÍDICO-POLÍTICA EN EUROPA.....619
Manuel Fondevila Marón

O TOTALITARISMO COMO EXPRESSÃO DA NEGAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL.....631
Leonam Liziero

A CONVENÇÃO DE HAIA SOBRE ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS.....642
Adriano Selhorst Barbosa

RESUMOS.....663

MEDIDA PROVISÓRIA N° 881/2019 E O CONCEITO DE ABUSO REGULATÓRIO: CARACTERIZAÇÃO DA ILICITUDE PELO EFEITO DO EXERCÍCIO DO PODER REGULADOR PELO ESTADO 665
Verônica do Nascimento Marques

O RESGATE DO PENSAMENTO JEFFERSONIANO NA ANÁLISE DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....667
Felipe Cesar José Matos Rebêlo

TEORIA DA INCONSTITUCIONALIDADE DE OTTO BACHOF.....672
Laiane Maiara Guerreiro Pardinho

JUDICIALIZAÇÃO DA EDUCAÇÃO INFANTIL: CONFLITO ENTRE RESERVA DO POSSÍVEL E MÍNIMO EXISTENCIAL.....677
Luiz Gustavo Tiroli
Henrique Adriano Pazzotti
Luiz Henrique Batista De Oliveira Pedrozo

A IMPORTÂNCIA DA UTILIZAÇÃO DAS NORMAS FUNDAMENTAIS DE PROCESSO PELAS INSTITUIÇÕES SUPERIORES DE CONTROLE.....681
Morgana Bellazzi De Oliveira Carvalho

DESIGUALDADE DE GÊNERO NO ITAMARATY BRASILEIRO PELAS LENTES DISCURSIVAS DIPLOMÁTICAS.....686
Gabriela Soares Balestero

CONSELHO CIENTÍFICO DO CAED-JUS

Adriano Rosa	Universidade Santa Úrsula, Brasil
Alexandre Bahia	Universidade Federal de Ouro Preto, Brasil
Alfredo Freitas	Ambra College, Estados Unidos
Antonio Santoro	Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil
Bruno Zanotti	PCES, Brasil
Claudia Nunes	Universidade Veiga de Almeida, Brasil
Daniel Giotti de Paula	PFN, Brasil
Denise Salles	Universidade Católica de Petrópolis, Brasil
Edgar Contreras	Universidad Jorge Tadeo Lozano, Colômbia
Eduardo Val	Universidade Federal Fluminense, Brasil
Felipe Asensi	Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil
Fernando Bentes	Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil
Glaucia Ribeiro	Universidade do Estado do Amazonas, Brasil
Gunter Frankenberg	Johann Wolfgang Goethe-Universität - Frankfurt am Main, Alemanha
João Mendes	Universidade de Coimbra, Portugal
Jose Buzanello	Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Brasil
Klever Filpo	Universidade Católica de Petrópolis, Brasil
Luciana Souza	Faculdade Milton Campos, Brasil
Marcello Mello	Universidade Federal Fluminense, Brasil
Nikolas Rose	King's College London, Reino Unido
Oton Vasconcelos	Universidade de Pernambuco, Brasil

Paula Arévalo Mutiz	Fundación Universitária Los Libertadores, Colômbia
Pedro Ivo Sousa	Universidade Federal do Espírito Santo, Brasil
Santiago Polop	Universidad Nacional de Río Cuarto, Argentina
Siddharta Legale	Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil
Saul Tourinho Leal	Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasil
Sergio Salles	Universidade Católica de Petrópolis, Brasil
Susanna Pozzolo	Università degli Studi di Brescia, Itália
Thiago Pereira	Centro Universitário Lassale, Brasil
Tiago Gagliano	Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Brasil

SOBRE O CAED-Jus

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

O **CAED-Jus** desenvolve-se via internet, sendo a tecnologia parte importante para o sucesso das discussões e para a interação entre os participantes através de diversos recursos multimídia. O evento é um dos principais congressos acadêmicos do mundo e conta com os seguintes diferenciais:

- Abertura a uma visão multidisciplinar e multiprofissional sobre o direito, sendo bem-vindos os trabalhos de acadêmicos de diversas formações
- Democratização da divulgação e produção científica;
- Publicação dos artigos em livro impresso no Brasil (com ISBN), com envio da versão ebook aos participantes;
- Galeria com os selecionados do Prêmio **CAED-Jus** de cada edição;
- Interação efetiva entre os participantes através de ferramentas via internet;
- 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 2019, o **CAED-Jus** organizou o seu tradicional **Congresso Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus 2019)**, que ocorreu entre os dias 28 a 30 de agosto de 2019 e contou com 12 Grupos de Trabalho e mais de 400 artigos e resumos expandidos de 42 universidades e 24 programas de pós-graduação stricto sensu. A seleção dos trabalhos apresentados ocorreu através do processo de *peer review* com *double blind*, o que resultou na publicação dos 08 livros do evento: Diálogos de direitos humanos e fundamentais, Direitos humanos e fundamentais: leituras interdisciplinares, Direito público: diálogos nacionais e internacionais, Direito privado contemporâneo, Solução de conflitos e instituições jurídicas, Crimes e segurança pública em perspectiva, Trabalho e seguridade em perspectiva, Perspectivas de direito contemporâneo.

Os coordenadores de GTs foram convertidos em organizadores dos respectivos livros e, ao passo que os trabalhos apresentados em GTs que não formaram 15 trabalhos foram realocados noutro GT, conforme previsto em edital. Vale também mencionar que o GT que alcançou mais de 90 trabalhos (Direitos humanos e fundamentais) obteve a aprovação para a publicação de 2 livros.

Os coordenadores de GTs indicaram artigos para concorrerem ao Prêmio CAED-Jus 2019. A Comissao Avaliadora foi composta pelos professores Daniel Braga Lourenço (UniFG/BA), Klever Filpo (UFRRJ e UCP) e Michelle Asato Junqueira (UPM/SP). O trabalho premiado foi de autoria de Carlos Alberto Ferreira dos Santos e Ronaldo Marinho sob o título "O contrabando de migrantes e o tráfico de pessoas: um olhar crítico sobre as violações dos direitos humanos em pleno século XXI".

Esta publicação é financiada por recursos da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (FAPERJ), do Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus), do Conselho Internacional de Altos Estudos em Educação (CAEduca) e da Editora FGB/Pembroke Collins e cumpre os diversos critérios de avaliação de livros com excelência acadêmica nacionais e internacionais.

ARTIGOS
DIREITO PÚBLICO

O CONTROLE INTERNO COMO ELEMENTO FUNDAMENTAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SEU PAPEL NA TRANSIÇÃO DE GOVERNO

Jackelline Rosa Pessoa

1 Introdução

Com a ascensão da Constituição Federal em 1988, o Controle Interno tornou-se obrigatório no âmbito municipal, tendo em seu art. 31 sua exigência como forma de controle. Mas foi no art. 74 da referida Carta que se instituiu o Sistema de Controle Interno tendo como objetivo o acompanhamento dos gastos públicos e apoio ao Controle Externo, salvaguardando os "recursos públicos contra o desperdício, o abuso, os erros, as fraudes e as irregularidades". (CASTRO, 2015)

Neste contexto, o presente artigo tem como objetivo analisar o Controle Interno na esfera municipal, demonstrando que a inexistência do conhecimento dos novos gestores no gerenciamento da gestão pública junto ao setor de controle interno e sua função no sentido de garantir a atual gestão o bom uso do dinheiro público, protegendo não somente a pessoa do gestor, mas também os interesses de todos os munícipes podem levar a sérios problemas na administração como um todo.

Inicialmente irá ser destacado o real significado do Controle Interno, usando abordagens de conceituados doutrinadores do Direito, sua abordagem pela Constituição e os tipos de controle existentes, demonstrar-se-á como a independência do setor irá garantir o êxito da gestão, qual

a importância de conhecimento através de qualificações de todo o corpo técnico, suas limitações e dificuldades nos trabalhos rotineiros e por fim, irá ser apresentado os impactos negativos na gestão e as penalidades que podem surgir com a mudança de pessoal após a transição de governo que é realizada a cada quatro anos.

Este trabalho teve como suporte para sua elaboração uma pesquisa junto a diversos controladores municipais, doutrinadores, publicações eletrônicas, artigos científicos e a legislação brasileira, sendo todas elas de extrema importância para elaboração do artigo.

Nesse contexto, o presente artigo justifica-se ao apresentar um amplo debate sobre o Controle Interno, constante capacitação, apoio nas atividades cotidianas e os desafios encontrados na transição e no primeiro ano de gestão dos novos gestores municipais.

2 Controle interno e os controles burocráticos da gestão

Segundo o Professor José dos Santos Carvalho Filho (2017):

> Podemos denominar de controle da Administração Pública o conjunto de mecanismos jurídicos e administrativos por meio dos quais se exerce o poder de fiscalização e de revisão da atividade administrativa em qualquer das esferas de Poder (CARVALHO FILHO, 2017. p. 1001).

Neste mesmo sentido, o Dirley da Cunha Júnior (2015):

> Vale dizer, o controle da Administração Pública é poder de exame, de vigilância e correção que a própria Administração Pública direta e indireta dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios desempenha internamente sobre a sua própria atuação ou que os Poderes Legislativo e Judiciário exercem, externamente, sobre a atividade administrativa (CUNHA JÚNIOR, 2015. p. 615).

O Controle Interno tem sua raiz não só na correção ou fiscalização de atos administrativos, mas também como apoio da gestão, dessa forma,

ele tem uma relação intrínseca com o instituto da garantia jurídica. "Deve atuar sempre em conformidade com os padrões fixados na lei e buscar, a toda a força, o interesse da coletividade (CARVALHO FILHO, 2017. p. 1002)".

> Estão sujeitos ao controle não só os órgãos do Município, mas também os do Poder Legislativo. A função de fiscalização surgiu com a constitucionalização do Poder Público e do Estado de Direito. No sistema de separação de poderes, a cada um coube uma função determinada, com a incumbência adicional de fiscalizar o outro (COSTA, 2014. p. 334).

Em diversos artigos da Carta Magna brasileira presencia-se a importância do controle como forma de garantir o melhor andamento das finanças públicas, como prevê no artigo 70:

> A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta quanto a legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia das receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante Controle Externo e pelo sistema de Controle Interno de cada poder (BRASIL, 1988).

Nota-se então que cada poder deverá possuir um sistema de controle interno, que irá atuar diretamente em cada esfera. Dessa forma também foi criado o Tribunal de Contas que atua como órgão de controle externo, onde o primeiro deverá auxilia-lo em questões controversas surgidas a partir de dados coletados nas respectivas prestações de contas (BRASIL, 1988).

A responsabilidade pelo bom funcionamento do Controle Interno cabe ao Controlador, onde "sua responsabilidade não se restringe à identificação das falhas de controle, cabendo-lhe apresentar recomendações voltadas ao aprimoramento de tais controles e orientar as ações gerenciais [...]" (CRUZ; GLOCK, 2008, p. 27) buscando no dia-a-dia manter a administração pública cumprindo com o que se determina no Art. 74 da Constituição:

> Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:
>
> I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;
>
> II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;
>
> III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;
>
> IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional (BRASIL, 1988).

Com a efetiva execução do que foi citada no artigo acima, toda a administração passará a ter uma maior segurança nas informações, promovendo a eficiência operacional, gastos irregulares e assim, inibir a corrupção (BRASIL, 1988).

No ano 2000, foi sancionada a Lei Complementar 101, que estabelecia normas de Responsabilidade na Gestão Fiscal para a União, Estados, Distrito Federal e Municípios (BRASIL, 1988). Na seção VI – Da Fiscalização da Gestão Fiscal, prevê também o papel do Controle Interno como órgão auxiliar:

> Art. 59. O Poder Legislativo, diretamente ou com o auxílio dos Tribunais de Contas, e o sistema de controle interno de cada Poder e do Ministério Público, fiscalizarão o cumprimento das normas desta Lei Complementar, com ênfase no que se refere a:
>
> I - atingimento das metas estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias;
>
> II - limites e condições para realização de operações de crédito e inscrição em Restos a Pagar;
>
> III - medidas adotadas para o retorno da despesa total com pessoal ao respectivo limite, nos termos dos arts. 22 e 23;

> IV - providências tomadas, conforme o disposto no art. 31, para recondução dos montantes das dívidas consolidada e mobiliária aos respectivos limites;
>
> V - destinação de recursos obtidos com a alienação de ativos, tendo em vista as restrições constitucionais e as desta Lei Complementar;
>
> VI - cumprimento do limite de gastos totais dos legislativos municipais, quando houver.
>
> [...] (BRASIL, 2000).

Foi a partir desta Lei Complementar que a Administração Pública passou a ter um novo enfoque, o de garantir o equilíbrio entre receita e despesa, e coube ao Controle Interno diretamente ou com auxílio do Poder Legislativo, Tribunal de Contas e Ministério Público fiscalizar a eliminação do endividamento público. Sendo assim, não bastava somente o controle externo e o legislativo, agora o Controle Interno passava a ter mais seu papel também na busca dos princípios constitucionais: legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade (CRUZ; GLOCK, 2008).

Os autores acima fazem referência a Rui Barbosa em 1981: "Nenhuma instituição é mais relevante para o movimento regular do mecanismo administrativo e político do povo, do que a Lei orçamentária. Mas em nenhuma há maior facilidade aos mais graves e perigosos abusos" (CRUZ; GLOCK, 2008).

O controle é visto como um instrumento inerente à democracia e transparência nos gastos públicos que é gerido por agentes públicos que devem prestar contas à sociedade através do bom uso do dinheiro público (CRUZ; GLOCK, 2008).

Várias são as maneiras de se efetivar o controle no regime democrático:

> Sistema de freios e contrapesos representado pela divisão e independência dos Poderes da União e pelos diferentes níveis de governo da Federação;
>
> A fiscalização dos partidos políticos;
>
> A eleição periódica dos governantes;

> A pressão exercida pela opinião pública e pela imprensa; e
>
> Os sistemas de controle interno e externo (CRUZ; GLOCK, 2008, p. 346).

Diante dos diversos diplomas legais apresentados sobre o controle interno anteriormente, nota-se a importância que o bom funcionamento do referido Sistema que tem "[...], a faculdade de vigilância, orientação e correção que um Poder, órgão ou autoridade que exerce sobre a conduta funcional do outro" (COSTA, 2014, *apud*, MEIRELLES, 2008. p. 672).

O controlador não é aquele que irá apontar os seus erros, mas sim, aquele que irá contribuir para uma boa administração através do controle prévio e concomitante, e caso necessite, de um controle posterior. Estas formas de controle podem ser assim definidas: a primeira, controle prévio, visando evitar que ocorram erros ou desperdícios, passando segurança a todos àqueles envolvidos no processo, o controle concomitante, irá acompanhar todo o processo já em andamento, detectando possíveis falhas das quais podem ser sanadas no momento de seu ato, e por fim, o controle posterior ou subsequente, que irá corrigir possíveis falhas após a conclusão da ação, declarando sua nulidade ou recomendando sua correção (CRUZ; GLOCK, 2008).

Diante dos três tipos de controle, fica claro que o objetivo proposto pela Constituição Federal é que haja, preferencialmente, o controle prévio, de forma que possam ser sanados todos os vícios antes mesmo da finalização do processo, transformando o órgão de controle em um instrumento auxiliar da gestão (CRUZ; GLOCK, 2008).

Segundo Cruz; Gloc:

> A expressão controle interno pode ser entendida como a conjunção de todos os procedimentos de controle exercidos de forma isolada ou sistêmica no âmbito de uma organização, contrapondo-se ao termo controle externo. Já a conjunção controles internos passa a ideia de um conjunto ou parte de tais procedimentos (CRUZ; GLOCK, 2008, p. 20).

Portanto, as ações desenvolvidas por este setor vão muito além de apenas detectar falhas em processos burocráticos da administração, que

abrange todos os aspectos operacionais, contábeis ou de finanças, engloba todo o planejamento traçado pelo atual gestor para sua passagem como administrador local, atuando diretamente na política traçada não somente para os próximos quatro anos, mas também no planejamento em longo prazo para beneficiar toda a população local. Mas para que isto se torne concreto é necessário que o controlador detenha de total liberdade para transitar entre os departamentos municipais e que ao solicitar documentos para comprovação de despesas ou auditorias lhe seja prontamente atendido. Dentre os doze controladores entrevistados, todos afirmaram possui livre acesso às informações, documentos e setores vinculados à administração que atuam.

3 A independência do setor como garantia de êxito na administração

Para o efetivo exercício da função, o setor deve ser independe de qualquer outra secretaria, já que deverá ser exercido em todos os órgãos ou níveis da administração (CARVALHO FILHO, 2017).

Com base neste preceito, da independência do setor, é que constou este questionamento na pesquisa realizada e apenas dois controladores acreditam que o controle interno tem independência na gestão e dez deles disseram o contrário, que o controle interno não a possui.

Na visão de CRUZ; GLOCK (2008):

> A responsabilidade do cargo e a amplitude das tarefas a serem desenvolvidas, que incluem até mesmo a fiscalização dos atos de gestão, requerem do titular da Unidade de Coordenação do Controle Interno, assim como dos demais analistas, além de conhecimento e qualificação técnica adequada, uma postura responsável, de independência mental e, principalmente, identificação e fidelidade à função que lhes cabe desempenhar. [...] (CRUZ; GLOCK, 2008. p. 63).

Ainda sobre os mesmos autores, com referência as Normas Brasileiras para o Exercício da Auditoria Interna:

> Embora mantenha vínculo empregatício com a organização para qual presta serviços, o auditor prestará obediência aos princípios de ética e observará normas técnicas e os padrões de auditoria, como norma de conduta profissional. No desempenho de suas atividades de auditoria, agirá sempre com absoluta independência e, em quaisquer circunstâncias e sob pretexto algum, conveniência própria ou de terceiros, condicionará seus atos, seus atitudes, suas decisões ou pronunciamentos a preceitos outros que não os postulados da sua profissão (grifamos) (CRUZ; GLOCK, 2008, p. 70).

Portanto, não há o que se falar em vínculo inabalável do controlador com a administração, sua atividade deverá ser totalmente impessoal já que dentre suas atividades é necessário à confecção de relatórios mensais e anual para o órgão de controle externo, o Tribunal de Contas do Estado, ou até mesmo, sendo solicitado, o envio de informações para os demais controles, pois, a ele cabe o vínculo da administração local e demais órgãos de controle, sejam ele de Tribunais ou a sociedade civil (CRUZ; GLOCK, 2008).

4 A importância do conhecimento do servidor para a condução dos processos administrativos

O servidor responsável pelo órgão de controle interno é o controlador, também conhecido como *controller,* que tão bem é definido por Jorge; Morante:

> [...] se trata de um profissional que, além de processar uma considerável quantidade de informações sobre o desempenho das diversas áreas da organização, tem por incumbência maior a análise, diagnóstico e proposição de medidas corretivas, com vistas ao cumprimento dos objetivos e metas traçados para a organização como um todo (JORGE; MORANTE, 2008, p. 05).

Segundo os mesmos autores, o controlador deverá possuir algumas habilidades, quais sejam:

> a) habilidade analítica, em especial de relatórios numéricos;
>
> b) habilidade na formulação de diagnósticos, a partir de informações cruzadas;
>
> c) habilidade na previsão de dificuldades;
>
> d) habilidade na proposição de alternativas para solução de eventuais dificuldades detectadas para a consecução dos objetivos traçados;
>
> e) habilidade na elaboração de relatórios em linguagem acessível;
>
> f) habilidade na formulação de previsões com base estatística;
>
> g) persistência na superação das dificuldades;
>
> h) habilidade no aconselhamento, com vistas à solução de problemas e mesmo análise de problema potencial;
>
> i) rapidez e oportunidade da informação como instrumento de apoio à decisão;
>
> j) equilíbrio e ponderação na tomada de decisão;
>
> k) habilidade na percepção das limitações pessoais dos seus pares e colaboração para a sua superação (JORGE; MORANTE, 2008, p. 06-07).

Tendo como base as qualidades acima citadas, percebe-se o quão imprescindível se torna o incentivo por meio de capacitações em cursos, palestras ou congressos para todos os servidores envolvidos no presente processo. Essa foi uma das perguntas encaminhadas para doze controladores municipais de diversas regiões do Estado da Bahia e o resultado foi que mais da metade não possui capacitação ou não é constantemente atualizado para tal, número preocupante para uma função que requer acompanhamento constantemente das leis vigentes no País. Nas sábias palavras do professor Blumen (2015, p. 13): "[...] o principal ativo das organizações é o seu capital humano. Sem o seu pessoal, a organização não funciona, não entrega produtos e/ou serviços, não institui uma imagem pública, não gera receita nem dividendos sociais. [...]". Entretanto, ao serem questionados se acompanham de perto a evolução das Receitas e Despesas, apenas um controlador informou que não, e em relação ao acompanhamento

de todo o processo de empenho, licitação, compras e pagamento, nove responderam positivamente, dois informaram que não e apenas um não soube responder.

Outro ponto abordado na pesquisa foi à quantidade de pessoas que pertencem ao órgão de controle e pôde-se notar que em apenas um município a quantidade não é superior a três pessoas. Dentre eles, somente dois tem cargo efetivo, o restante, pertencem a cargos comissionados no município. "[...] o número de integrantes do quadro de pessoal deve ser o mais razoável e apropriado ao tamanho da organização e complexidade das operações, possibilitando um trabalho consistente, contínuo e programado" (BLUMEN, 2015, p. 36).

Em apenas dois municípios já foi aprovado o Manual de Controle Interno, o restante, segue o determinado pelo Tribunal de Contas do Estado e demais órgãos de controle externo. Ainda segundo o professor Blumen (2015), após se conhecer todo o corpo técnico que estará disponível, o passo seguinte é:

> Elaborar manuais e rotinas de procedimentos de auditoria (preferencialmente informatizados), identificar os pontos de controle que serão objeto de exame, estabelecer um projeto de criação de indicadores de desempenho junto às unidades, formalizar o planejamento anual de auditoria, estabelecer cronograma de execução das auditorias e realizar o acompanhamento dos resultados alcançados (BLUMEN, 2015, p. 27).

Só será possível conhecer prováveis erros ou desvios de resultado após manter-se em atividade pré-determinada do setor, através de manual técnico com normas e resultados a serem alcançados, aqui os técnicos do setor passa a agir como auditores internos. Por conseguinte, "[...] as atividades de auditoria devem ser desenvolvidas de forma planejada, com a adoção de metodologia própria e observância às Normas Brasileiras para o exercício da Auditoria Interna, [...]" (CRUZ; GLOCK, 2008, p. 86).

> Recomenda-se fortemente a elaboração e divulgação das normas de conduta/ética do agente de controle interno, normas profissio-

> nais de execução dos trabalhos de auditoria e elaboração dos relatórios de auditoria (BLUMEN, 2015, p. 37).

Este manual proposto acima deverá está discriminando os objetivos de curto, médio e longo prazo, todos sempre compatíveis com o Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias, Lei Orçamentária Anual, bem como outros instrumentos de planejamento e controle municipal que na sua totalização deverá está proposto no Plano Anual de Auditoria Interna (PAAI).

Ainda segundo Cruz; Glock (2008), o Manual de Controle Interno deverá conter:

> Políticas da Unidade de Coordenação do Controle Interno quanto às atividades de auditoria interna;
>
> Conceitos de controle interno e de auditoria interna;
>
> Objetivos e alcance dessas atividades;
>
> Descrição sucinta das responsabilidades e do perfil necessário de cada cargo a ser ocupado na Unidade, quando ao exercício de atividades de auditoria interna;
>
> Orientação para a elaboração do PAAI;
>
> Referência às Normas Brasileiras para o exercício da Auditoria Interna, que passam a compor anexo ao Manual, em especial quanto ao código de ética profissional;
>
> Instruções sobre técnicas de auditoria, metodologia de trabalho, documentação dos trabalhos, avaliação dos controles internos, relatórios de auditoria e acompanhamento das providências adotadas (CRUZ; GLOCK, 2008, p. 95).

É de suma importância que o servidor responsável pelo Controle Interno tenha capacitação, como já dito, em todas as áreas da administração pública, conhecendo todos os seus órgãos e competências para que ao iniciar uma atividade de rotina não tenha imprevistos ou dificuldades de encontrar os pontos que deverão ser auditados com maior precisão e rigor, visando sempre o bom andamento da máquina pública.

5 Limitações e dificuldades que o controle interno se depara durante as ações desenvolvidas

Segundo CRUZ; GLOCK:

> Na Administração Pública, um motivo de rejeição ao "controle" é o desejo que todo o dirigente tem de possuir autoridade e fugir da responsabilidade. Ele procura deter a autoridade que lhe confere o direito e o poder de dar ordens e de se fazer obedecer. Entretanto, não quer arcar com a consequência desse poder, que é a obrigação de responder pelas próprias ações ou de outros a quem delegou poderes (CRUZ; GLOCK, 2008, p. 340).

É esta rejeição que muitas vezes atrapalha os trabalhos do Controle Interno, de modo que a autoridade e a responsabilidade andem juntas e equilibradas (CRUZ; GLOCK, 2008).

Durante a consulta com os controladores, apontou-se também o questionamento sobre possíveis dificuldades de exercer a função de Controlador Interno imposta pelo gestor atual. Em linhas gerais, somente quatro controladores informaram ter algum tipo de dificuldade, sendo então declarado pela maioria não haver problemas quanto ao assunto. Entretanto, ao observar o último campo da pesquisa, onde cada um poderia ficar livre para fazer comentários acerca do tema, houve um ponto inusitado: há relatos descrevendo dificuldades por ser provido de cargo comissionado e o controlador acaba inibido a relatar problemas ocorridos na administração de forma independente, relatando dificuldades desde a implantação até o funcionamento adequado do setor.

Este problema narrado por alguns controladores se dá devido ao que exige na Resolução 1.120/2005, do Tribunal de Contas do Estado da Bahia:

> Art. 14. O dirigente da unidade competente para a manutenção do Sistema de Controle Interno Municipal, ao tomar conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela dará ciência ao Tribunal de Contas dos Municípios, sob pena de responsabilidade solidária.

> § 1º Na comunicação ao Tribunal, o dirigente referido no caput deste artigo informará as providências adotadas para:
>
> I - corrigir a ilegalidade ou irregularidade detectada;
>
> II – determinar o ressarcimento de eventual dano causado ao erário;
>
> III - evitar ocorrências semelhantes.
>
> Art. 15. Verificada em inspeção ou auditoria, ou na apreciação e julgamento das contas, irregularidade ou ilegalidade que não tenha sido comunicada tempestivamente ao Tribunal, notadamente as que possam vir a causar dano ao erário, e constatada a omissão do dirigente responsável pela unidade de manutenção do Sistema de Controle Interno Municipal, ficará o mesmo sujeito, na qualidade de responsável solidário, às sanções previstas para a espécie (BAHIA, 2015).

No mesmo sentido, consta na Constituição Federal em seu art. 74, § 1:

> Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:
>
> [...]
>
> § 1º Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária [...] (BRASIL, 1988).

Percebe-se pelos artigos acima expostos que o Controlador tem o dever de informar ou Tribunal de Contas dos Municípios quaisquer irregularidades encontradas durante as auditorias internas ou que tenha surgido durante os trabalhos rotineiros e que na sua omissão o mesmo responderá solidariamente com o gestor local.

É sabido que o Controlador pode sofrer algum tipo de limitação, seja por parte de funcionários de setores ou até mesmo pelo próprio gestor. São exemplos: "[...] I. conluio de funcionários na apropriação de bens da organização; II. não adequação dos funcionários às normas internas da organização; II. negligência na execução das tarefas diárias" (DAMASCENA; SOUZA, 2011. s.p.).

Outra forma de limitação se da por algumas características inerentes à Administração Pública, que acabam por dificultar o trabalho do Controlador, quais sejam:

> Dificuldade para medir resultados, pela falta de parâmetros externos;
>
> Não há risco de descontinuidade, porque a organização pública é essencial e não está sujeita a falências;
>
> Relativa estabilidade funcional dos agentes, que só perdem o emprego em situações especialíssimas;
>
> Grande rotatividade das funções da alta administração (agentes políticos) devido à vinculação político-partidária, que pode mudar a cada quatro anos; e
>
> Não há risco financeiro ou patrimonial para os administradores, porque o investimento vem do povo (DA SILVA, 2014. p. 12).

Portanto, não há em que se falar de órgãos desconexos, o Controle Interno deve está diretamente interligado aos demais a fim de que possa fazer uso de todas as ferramentas disponíveis para o bom andamento da Administração Pública, não se limitando a apontar falhas, mas sim, fazer o controle prévio e cumprindo com o que preceitua o artigo 9º da já citada Resolução 1120/2005 do Tribunal de Contas do Estado da Bahia, cuja seção IV fala qual a finalidade deste sistema, entre eles:

> [...] II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à economia, eficiência e eficácia, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades municipais, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado, resultante de repasse de recursos efetivado pelo órgão ou entidade municipal; [...] (BAHIA, 2005).

Diante do exposto, nota-se o quanto o Controle com regras bem definidas e pessoal qualificado será de grande valia ao administrador público, fazendo com que sua gestão esteja brindada contra erros cotidianos.

6 Impactos negativos na gestão e as penalidades que podem surgir com a mudança de pessoal qualificado durante a transição de governo

Indiscutivelmente ter um corpo técnico capacitado voltado ao Controle Interno torna uma administração mais transparente e segura, tanto para os órgãos de controle como para a sociedade.

Segundo Campiglia; Campligia (1993):

> O controle de gestão deve ser entendido como o conjunto de informações e de ações cujo objetivo é manter o curso das operações dentro de um rumo desejado. Os desvios de rumo, quando ocorrem, precisam ser: - rapidamente detectados; - medidos; - investigados para a identificação de suas causas; e - corrigidos, através de ações eficientes (CAMPIGLIA; CAMPLIGIA, 1993. p.11).

A eficiência esperada pela gestão só será encontrada com o constante incentivo e capacitação do grupo, visando apenas o avanço da população e não a visão restrita do gestor.

Com constantes trocas no corpo técnico o controle interno torna-se frágil, o acompanhamento das unidades e dos gastos acaba sendo precário, levando a administração a correr sérios riscos e dificilmente terá uma atividade contínua e com a eficácia esperada dada a função de controlador.

As atividades relacionadas ao Sistema de Controle Interno requer acima de tudo um grande comprometimento, pois todos terão acesso a informações inerentes a organização que está inserido.

> Formação, conhecimento, domínio de metodologia e de técnicas de trabalho são fatores básicos para que seja possível a identificação de pontos de controle e de áreas cujos controles são ausentes, inadequados ou não são observados (CRUZ; GLOCK, 2008. p. 64).

Segundo a Controladoria Geral da União, na Cartilha de Orientações para o gestor municipal – encerramento de mandato:

> O encerramento de cada exercício financeiro, principalmente no último ano de mandato, exige uma série de providências a serem adotadas e uma maior atenção de todos aqueles que lidam com a Administração Pública [...] (BRASIL, 2008).

Ainda sobre o processo de transição, segundo a CGU – Controladoria Geral da União:

> A transição governamental caracteriza-se, sobretudo, por propiciar condições para que:
>
> - o(a) chefe do Poder Executivo em término de mandato possa informar ao candidato(a) eleito(a) sobre as ações, os projetos e os programas em andamento, visando dar continuidade à gestão pública; e
> - o(a) candidato(a) eleito(a), antes da sua posse, possa conhecer, avaliar e receber do(a) chefe do Poder Executivo atual, todos os dados e informações necessários à elaboração e implementação do programa do novo governo.

Por conseguinte, para a transição de governo acontecer segundo as orientações da cartilha acima citada, bem como o que se determina a Resolução 1311/2012, do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia, deverá ser composta uma comissão, e nela o controle interno tem fundamental papel, conforme prevê em seu preâmbulo: "[...] c) o Sistema de Controle Interno do Município deverá zelar pela fiel observância das orientações, normas e regras contidas nesta Resolução; [...]" (BAHIA, 2012). Bem como participar da comissão de transição do prefeito que está deixando o cargo.

> Art. 1º Os Prefeitos e Presidentes de Câmara que estão encerrando o mandato constituirão, nos órgãos que dirigem, uma Comissão de Transmissão de Governo incumbida de repassar informações e documentos aos representantes da nova administração, de modo a não inibir, prejudicar ou retardar as ações e serviços encetados em prol da comunidade, evitando a descontinuidade administrativa no município.

> Parágrafo único. A Comissão de que trata este artigo será constituída com antecedência mínima de 30 (trinta) dias da posse dos eleitos e transmissão dos respectivos cargos.
>
> Art. 2º A Comissão terá, preferencialmente, a seguinte composição:
>
> I – na Prefeitura:
>
> [..]
>
> c) o responsável pelo Sistema de Controle Interno Municipal;
>
> [...]
>
> II – na Câmara:
>
> [...]
>
> b) o responsável pelo Sistema de Controle Interno;
>
> [...] (BAHIA, 2012).

Portanto, cabe ao controlador acompanhar não só todas as atividades durante a gestão, como também, participar e zelar para uma efetiva transição de governo (BAHIA, 2012).

Ao iniciar a gestão o novo Administrador municipal deverá buscar dentro do quadro de pessoal, preferencialmente, que seja mantido o atual Sistema de Controle, o corpo técnico capaz de desenvolver todas as atividades inerentes à pasta. De acordo abordagem sobre o tema na pesquisa realizada, apenas dois controladores acreditam que caso ocorra uma mudança nas próximas eleições eles continuariam responsáveis pelo setor, o restante, acredita que não ficaria no mesmo cargo.

Outro problema enfrentado com base na mesma questão foi na possível dificuldade de manter o setor em perfeito andamento mesmo com a transição de governo nas últimas eleições, sete controladores afirmaram ter passado por problemas relacionados ao tema tendo em vista a mudança de gestor.

Por se tratar de uma função de extrema confiança, o gestor opta por não realizar concurso público para preenchimento da vaga de Controlador Interno, e quem normalmente acaba ocupando esta vaga é um servidor de cargo comissionado, situação que o Tribunal de Contas da Bahia tem aceitado mesmo em contrariando à Resolução 1120/2005.

7 Conclusão

Segundo De Castro (2015) *apud* Silva (2001): "Administração Pública é o conjunto de meios institucionais, materiais, financeiros e humanos organizados e necessários para executar as decisões políticas [...]". Portanto, busca-se sempre a união do necessário para com o correto, juridicamente viável, de forma a se chegar a uma administração pública que obedeça aos princípios constitucionais definidos no artigo 37 da Constituição Federal.

Com a realidade vivida no País nos últimos anos de uma incerteza econômica e política, torna-se quase um desafio manter os munícipes acreditados na administração local e é neste contexto que o Controle Interno pode e deve atuar, contribuindo com o gestor na tomada de decisões dos gastos públicos possam ser investidos em áreas que realmente precisam e da melhor forma, sem desvios de finalidade.

Hodiernamente, com o avanço de ferramentas públicas e conscientização da população acerca deste tema, não cabe mais ao gestor pensar a administração autoritária, onde sua vontade prevaleça sobre o particular, atualmente, o que há é uma constante mudança deste pensamento que caminha para uma busca cada vez maior de transparência e responsabilidade fiscal, onde sem dúvida, o controlador interno tem seu papel fundamental de auxílio na tomada de decisões buscando eficiência administrativa elencada à legalidade do ato desejado.

O administrador deve tirar proveito do trabalho de controle interno, obtendo através de seus relatórios uma visão geral de sua gestão quanto à eficácia, não só deste setor, mas de todos os agentes e promotores da execução dos projetos pertencentes às políticas públicas municipais, assim, poderá confrontar a realidade com o que foi planejado (DE SOUZA, 2009).

Segundo DE SOUZA (2009, s.p): "O Prefeito é o Administrador Geral do Município. Portanto, a ele incumbe velar pelo bom funcionamento do controle interno, que, bem compreendido, poderá se tomar no mais importante aliado de sua administração".

Não seria diferente em se tratando de transição governamental, após o término das eleições municipais, começa a constante busca de documentos para compor os relatórios que deverão ser encaminhados ao novo gestor, para que se tenha o maior número possível de informações acerca

da gestão, e o Sistema de Controle Interno tem um acentuado papel neste período, como foi explícito no tópico correspondente.

Em virtude de todo o exposto neste estudo, fica nítida a relevância existente acerca do tema proposto no qual o administrador deve valorizar o corpo técnico, deixando de lado as indicações políticas neste setor, investindo sempre em capacitações, dando-lhes total apoio e autonomia perante os demais órgãos, de forma a favorecer o bom andamento dos trabalhos.

Diante disso, faz-se necessário admitir que apesar de ser contemporâneo, o referido tema tem sido pouco abordado e incentivado pelos órgãos de controle externo, o que dificulta a valorização da categoria.

REFERÊNCIAS

BLUMEN, Abraão. **Controle Interno como suporte estratégico de Governança no Setor Público.** 1ª ed. vol. 1. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituição.htm>. Acesso em 19 Ago 2017.

_____. Controladoria Geral da União**. Apoio à Transição Municipal – Orientações para o Gestor Municipal Encerramento de Mandato**. Brasília: CGU, Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República, 2008.

_____. **Lei Complementar 101, de 04 de maio de 2000.** Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em 25 Ago. 2017.

_____. Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia. **Resolução nº 1120, de 2005.** Dispõe sobre a criação, a implementação e a manutenção de Sistemas de Controle Interno nos Poderes Executivo e Legislativo municipais, e dá outras providências. Salvador, 21 de dezembro de 2005.

_____. Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia. **Resolução nº 1311, de 2012.** Disciplina as providências a serem adotadas pelos Municípios para a transmissão de cargos de Prefeitos Municipais e Presidentes de Câmaras, e dá outras providências. Salvador, 29 de agosto de 2012.

CAMPIGLIA, Américo Oswaldo e CAMPIGLIA, Oswaldo Ribeiro P. **Controles de gestão: controladoria financeira das empresas.** São Paulo: Atlas, 1993.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 31ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlhas, 2017.

CASTRO, Domingos Poubel de. **Auditoria, Contabilidade e Controle Interno no Setor Público.** 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

COSTA, Nelson Nery. **Direito Municipal Brasileiro.** 6ª. Ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CRUZ, Flávio da; GLOCK, José Osvaldo. **Controle Interno nos municípios: orientação para a implantação e relacionamento com os tribunais de contas.** 3ª ed. 2ª reimpr. São Paulo: Atlas, 2008.

CUNHA JÚNIOR. Dirley. **Curso de Direito Administrativo.** 14ª. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2015.

DA SILVA, Pedro Gabril Kenne. O papel do controle interno na administração pública. **ConTexto**, v. 2, n. 2, 2014.

DAMASCENA. Luzivalda Guedes. SOUZA. Cristiane de Oliveira. O Controle Interno na Gestão Pública Municipal: Estudo de caso na Prefeitura de Itaporanga – PB. Acesso em 23 Ago. 2017.

DE SOUZA, Antônio Almir Santos. Controle interno na Administração Pública. **Revista Controle-doutrinas e artigos**, v. 7, n. 1, p. 225-234, 2009.

MORANTE, Antonio Salvador; JORGE, Fauzi Tinaco. **Controladoria: análise financeira, planejamento e controle orçamentário.** São Paulo: Atlas, 2008.

O SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO ADOTADO PELA CONSTITUIÇÃO E OS DESVIOS INQUISITORIAIS NA OPERAÇÃO LAVA JATO

Anderson do Prado Silva

Introdução

No final da tarde de um domingo de 9 de junho de 2019, o jornal online *The Intercept Brasil* iniciou a publicação de uma série de reportagens intitulada *As Mensagens Secretas da Lava Jato*, na qual publicou 'supostos' diálogos 'privados' travados entre autoridades do Sistema de Justiça brasileiro ligadas à Operação Lava Jato (GREENWALD, 2019b, 2019c, 2019d, 2019e, 2019f, 2019g).

Os diálogos são aqui tratados como 'supostos' porque o ex Juiz Federal Sérgio Moro se recusa a reconhecer os diálogos como autênticos: *o ministro da Justiça e Segurança Pública não confirma a autenticidade de mensagens obtidas de forma criminosa e que podem ter sido editadas ou adulteradas total ou parcialmente* (MORAIS, 2019). No entanto, ressalvamos nosso entendimento de que as primeiras reações do ex Juiz e de membros e ex membros da Força Tarefa da Lava Jato indiciam a autenticidade das mensagens, na esteira do também observado pelo *The Intercept Brasil*: *as primeiras reações dos envolvidos no escândalo foram essas: O MPF preferiu focar em hackers, e não negou a autenticidade das mensagens. Sergio Moro disse que não viu nada de mais, ou seja: não negou a autenticidade das mensagens* (GREENWALD, 2019a).

Outrossim, os mesmos diálogos são aqui tratados como 'privados' (com uso de aspas) porque entendemos que mensagens trocadas entre servidores **públicos** no exercício de funções **públicas** gozam de caráter e interesse **público**, sendo irrelevante se tais mensagens foram trocadas através de equipamentos públicos ou privados, dentro ou fora do horário de expediente (SILVA, 2019a). As mensagens divulgadas pelo *The Intercept Brasil* foram trocadas entre Juiz e Procurador e entre Procuradores e versaram sobre a Operação Lava Jato. São, portanto, de interesse **público** e pertencem ao patrimônio **público**, estando intimamente relacionadas à História recente do Brasil. Estes aspectos serão melhor abordados em nossa conclusão.

Tornando à tarde de domingo de 9 de junho de 2019, na quarta reportagem da série, intitulada *Chats privados revelam colaboração proibida de Sérgio Moro com Deltan Dalagnol na Lava Jato*, o *The Intercept Brasil* revelou que *Moro sugeriu ao procurador que trocasse a ordem de fases da Lava Jato, cobrou agilidade em novas operações,* ***deu conselhos estratégicos e pistas informais de investigação****, antecipou ao menos uma decisão,* ***criticou e sugeriu recursos ao Ministério Público*** *e deu broncas em Dallagnol* (GREENWALD, 2019e) – grifos nossos.

Na sexta reportagem da série, intitulada *'A defesa já fez o showzinho dela'* e publicada dois dias depois, o *The Intercept Brasil* revelou que Moro *pediu aos procuradores da Lava Jato uma nota à imprensa para rebater o que chamou de "showzinho" da defesa* (GREENWALD, 2019c).

Por fim, na sétima reportagem da série, intitulada *'Tem alguma coisa séria mesmo do FHC?'* e publicada seis dias depois das primeiras reportagens, o *The Intercept Brasil* revelou que *o ex-juiz discordou de investigações sobre o ex--presidente Fernando Henrique Cardoso na Lava Jato porque, nas palavras dele, não queria "melindrar alguém cujo apoio é importante"* (GREENWALD, 2019d).

No artigo de nossa lavra *O conceito de desobediência civil em Henry David Thoreau e o possível ataque hacker no âmbito da Operação Lava Jato* (SILVAa, 2019), apresentamos o conceito de desobediência civil presente na obra *A desobediência civil* de Henry David Thoreau e procuramos demonstrar que a invasão *hacker* (que supostamente serviu de fonte ao *The Intercept Brasil*) à Operação Lava Jato era um exemplo típico de desobediência civil. *En passant*, defendemos que a Constituição brasileira teria adotado o sistema acusatório e, consequentemente, seria inconstitucional a forma de

relacionamento estabelecida entre o Poder Judiciário (na pessoa do então Juiz Sérgio Moro) e o Ministério Público Federal no âmbito da Operação Lava Jato.

No presente artigo, investigaremos, mais detidamente, o conceito de sistema processual penal, suas espécies e respectivas características, a espécie adotada pelo Ordenamento Jurídico brasileiro e as consequências dessa adoção sobre o princípio da imparcialidade e, sobretudo, sobre a Operação Lava Jato após a divulgação da manutenção de chats 'privados' entre juiz e acusação.

Sistemas processuais penais

Sistema processual penal é o conjunto de princípios e normas que disciplinam a distribuição das funções e poderes persecutórios no processo criminal (RANGEL, 2010). Sendo o processo *o conjunto das relações jurídicas que se estabelecem entre os diversos sujeitos processuais* (GREGER, 2012), ocupa-se a legislação de fixar as funções e poderes de cada um desses sujeitos processuais (juiz, acusação, vítima, defesa e acusado, principalmente; além de outros sujeitos processuais, tais como delegado, perito, oficial de justiça etc.). A depender da maior ou menor concentração de funções e poderes no sujeito do juiz, o sistema processual penal pode ser acusatório, inquisitivo ou misto.

Em apertada síntese, no sistema acusatório é reservada ao juiz apenas a função-poder de julgar, descabendo-lhe investigar (função reservada ao Delegado de Polícia ou ao Ministério Público), acusar (função reservada ao Ministério Público ou à vítima) ou defender (função reservada ao acusado, Advogado ou Defensor Público). Já no sistema acusatório, o juiz acumula as funções-poderes de julgar, investigar, acusar e defender. Por fim, no sistema misto, além de julgar, o juiz acumula algumas funções-poderes típicos de investigação, acusação ou defesa.

Sistema acusatório

Conforme sucintamente registrado no capítulo anterior, *o sistema acusatório caracteriza-se pela distinção absoluta entre as funções de acusar, defender e julgar, que deverão ficar à cargo de pessoas distintas* (AVENA, 2017). Assim,

neste sistema, a função de julgar ficaria reservada ao Juiz. Já a função de investigar ficaria reservada ao Delegado de Polícia, que chefia a Polícia Judiciária e é o titular do inquérito policial. Também o Ministério Público realiza investigações, pois o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 593.727/MG, decidiu que *o Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, […] investigações de natureza penal*. Quanto à função de acusar, estaria ela reservada ao Ministério Público ou à vítima ou seus sucessores, conforme se trate, respectivamente, de ação penal pública ou ação penal privada. Por fim, a função de defender seria desempenhada pelo acusado (autodefesa) e pelo Advogado ou Defensor Público (defesa técnica). De tudo, extrai-se que *o processo caracteriza-se […] como legítimo actum trium personarum* (LIMA, 2014).

O sistema acusatório é lembrado como *próprio dos regimes democráticos* (AVENA, 2017), pois, neste regime, o poder político é entendido como retoricamente pertencente ao povo, que delega o seu exercício para representantes. Nesse regime, há uma forte preocupação com a dispersão do poder, como forma de conter abusos e permitir uma fiscalização recíproca, estando, portanto, intimamente relacionado com a separação de poderes entre Executivo, Legislativo e Judiciário. Essa dispersão do poder se reflete no processo penal, no qual o arbítrio é evitado oferecendo-se ao acusado um juiz imparcial, que não investigou, não acusou e, portanto, não está diretamente interessado na condenação.

O sistema é nominado *'acusatório' porque […] ninguém poderá ser chamado a juízo sem que haja uma acusação* (AVENA, 2017), ou seja, estabelece-se uma clara preocupação com o princípio do *ne procedat judex ex officio*. A jurisdição penal é inerte, significando que o Juiz não deixa o fórum à cata de casos penais nos quais possa atuar, pois tal atitude contaminaria sua imparcialidade, tornando-o interessado no resultado da causa. São as partes do processo, Ministério Público ou vítima, que procuram o Juiz, após livre distribuição, e lhe apresentam a causa, mediante, respectivamente, denúncia ou queixa.

As bases do sistema acusatório incluem a rigorosa observância das garantias constitucionais do acusado (AVENA, 2017), pois o regime democrático é o regime das garantias. Se todo o poder emana do povo, se é o povo o fim último do Estado, deve o povo possuir toda sorte de garantias contra o arbítrio e o despotismo estatal. Por isso, para evitar acusações penais injustas e despóticas, o povo possui garantias de contraditório, ampla defesa, isonomia, imparcialidade e publicidade.

A preocupação com a observância de garantias é extreme, sendo *a gestão das provas […] função das partes, cabendo ao juiz um papel de garante das regras do jogo, salvaguardando direitos e liberdades fundamentais* (LIMA, 2014). Não por outro motivo, o projeto de novo Código de Processo Penal, em tramitação na Câmara dos Deputados (PL 8.045/2010), prevê a criação da figura do Juiz das Garantias, que atuará com exclusividade na fase de investigação, evitando que o juiz que decidirá a acusação seja contaminado por decisões sobre produção de provas tomadas na primeira fase da *persecutio criminis*.

Sistema processual penal adotado pela Constituição brasileira

Predomina na jurisprudência (STF, ADI 4693/BA, HC 157306/SP, AP 883/DF, HC 127900/AM, RHC 120379/RO, HC 115015/SP, ADI 4414/AL, HC 84051/PR) e na doutrina (AVENA, 2017; LIMA, 2014; MOSSIN, 2010) que a Constituição brasileira de 1988 adotou o sistema processual penal acusatório. No entanto, o termo 'sistema acusatório' não está expressamente cunhado no texto constitucional, devendo-se, portanto, extrair a conclusão pela adoção do sistema acusatório da interpretação de diversos dispositivos da Constituição, a começar por seu preâmbulo.

Muito embora o preâmbulo não se situe *no âmbito do Direito, mas no domínio da política, refletindo posição ideológica do constituinte* (STF, ADI 2076/AC), é ele importante norte interpretativo, pois constitui *exortação no sentido dos princípios inscritos na Carta* (STF, ADI 2076/AC). É assim que, já no preâmbulo, encontra-se a princípio democrático, inserto na fórmula *Nós,* ***representantes do povo brasileiro****, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um* ***Estado Democrático*** – grifo nosso. Conforme antecipado no preâmbulo, o próprio texto da Carta vaza o princípio democrático no parágrafo único do artigo 1º: *Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente […]*. Assim, se o sistema acusatório é *próprio dos regimes democráticos* (AVENA, 2017), constitui o Brasil um *Estado* ***Democrático*** *de Direito* (CF, art. 1º, *caput* – grifo nosso), que prioriza o povo em contraposição ao Estado e ao estadista. Não por outro motivo, é o povo protegido do arbítrio estatal através da separação das funções de acusar e julgar, mediante a adoção do sistema acusatório.

Ainda em seu primeiro Capítulo, a Constituição consagra o princípio da separação de poderes, transformando em *Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário* (art. 2º). A separação de poderes será novamente lembrada na proibição do *juízo ou tribunal de exceção* (art. 5º, XXXVII). A Constituição também reservou um Título inteiro para tratar *da organização dos poderes* (arts. 44 a 135) e, dentro deste Título, após tratar de cada poder em um Capítulo diferente (arts. 44 a 126), o constituinte ainda dedicou um Capítulo às *funções essenciais à justiça* (art. 127 a 135) – *Ministério Público*, *Advocacia Pública*, *Advocacia* [privada] e *Defensoria Pública*. Dessa forma, se no sistema acusatório há uma *distinção absoluta entre as funções de acusar, defender e julgar* (AVENA, 2017), a Constituição foi extreme na individuação e separação dos Poderes e na especificação de suas funções próprias.

Se no sistema acusatório impera *a rigorosa observância das garantias constitucionais do acusado* (AVENA, 2017), é a Constituição copiosa na oferta de direitos fundamentais de natureza processual: princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV), princípio do juiz natural (art. 5º, XXXVII, XXXVIII e LIII), princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV), princípio do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV), princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII), princípio da publicidade (art. 5º, LX), princípio da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII). A soma dessas garantias com outras dispersas no texto constitucional evidencia a preocupação própria do sistema acusatório com os direitos do acusado.

Outra característica ínsita ao sistema acusatório é o da imparcialidade, que *está na ausência de interesse judicial na sorte de qualquer das partes quanto ao resultado do processo. É um requisito anímico do juiz. Nemo iudex in re propria.* (SARLET, 2017). Para garantir o dever de imparcialidade do Juiz, a Constituição lhe oferta um estatuto protetivo – ingresso na carreira por concurso público, critérios objetivos de promoção, remoção, disponibilidade e aposentadoria, livre e imediata distribuição de processos e recursos etc. (art. 96) – e um rol de garantias – vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade (art. 95, I, II e III) – e proibições (art. 95, parágrafo único). Todas essas garantias e proibições se prestam a assegurar que o Juiz possa exercer suas funções com o máximo de imparcialidade, livre de pressões e ingerências externas.

Por fim, embora falte a menção específica ao termo 'sistema acusatório', alguma doutrina entende (LIMA, 2014) que o art. 129, I, teria adotado de forma explícita o sistema acusatório, ao reservar, em caráter privativo, ao Ministério Público a titularidade para o ajuizamento da ação penal pública, retirando, em absoluto, a possibilidade de o Juiz atuar *ex officio*. Complementarmente, a Constituição também seria explicita na atribuição da função de investigação ao Delegado de Polícia (art. 144, §4º). Assim, ficaram atribuídas a órgãos distintos as atribuições de acusar (Ministério Público), investigar (Delegado de Polícia) e julgar (Juiz). Também o Supremo Tribunal Federal, quando defende a adoção do sistema acusatório pela Constituição, costuma mencionar o art. 129, I (STF, ADI 4693/BA, RHC 120379/RO, ADI 4414/AL).

Sistema processual penal adotado pelo Código de Processo Penal brasileiro

O texto original do Código de Processo Penal data de 3 de outubro de 1941, período da ditadura getulista, e, muito por isso, não goza de perfeita correspondência com os valores da Constituição, que é datada de 5 de outubro de 1988, período do renascimento democrático. No mais, *há de se ter em mente que o Código de Processo Penal tem nítida inspiração no modelo fascista italiano* (LIMA, 2014), portanto, agasalha algumas normas de viés inquisitorial, como a possibilidade de o juiz requisitar a instauração de inquérito policial (CPP, art. 5º), determinar a produção de provas *ex officio* (CPP, art. 156) e determinar *ex officio* a prisão preventiva do réu (CPP, art. 311).

Parte da doutrina, inclusive, considera que os aspectos inquisitoriais presentes no Código de Processo Penal caracterizaria o sistema processual penal brasileiro como misto ou inquisitivo garantista: na Constituição, estariam presentes os aspectos acusatórios; no Código de Processo Penal, estariam presentes os aspectos inquisitoriais; da junção dessas normas, nasceria o sistema processual penal misto ou inquisitivo garantista. No entanto, essa forma de raciocínio subverte a hierarquia das normas jurídicas, subtraindo do Código de Processo Penal seus vícios de inconstitucionalidade. Dessa forma, *torna-se imperioso […] que a legislação infraconstitucional seja relida diante da nova ordem constitucional* (LIMA,

2014). Entender de outra forma *implica negar vigência à Constituição Federal enquanto Lei maior* (AVENA, 2017).

Conclusão

I – Desvios inquisitoriais na Lava Jato

A troca de mensagens pretensamente 'privadas' entre membros do Ministério Público Federal e o então Juiz Titular da 13ª Vara Federal de Curitiba no âmbito da Operação Lava Jato vai na contramão do sistema processual penal acusatório adotado pela Constituição ao ferir de morte especialmente os direitos e garantias fundamentais da igualdade (CF, art. 5º, *caput*), jurisdição (CF, art. 5º, XXXV), devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), ampla defesa (CF, art. 5º, LV), contraditório (CF, art. 5º, LV), imparcialidade e impessoalidade (CF, art. 5º, LIV, art. 37, *caput*, art. 93, I, II, III e VIII, art. 95 e art. 129, I), publicidade (CF, art. 37, *caput*, e art. 93, IX) e, em última instância, liberdade (CF, art. 5º). Embora fuja ao escopo do presente trabalho, ousamos afirmar que também no Direito Internacional encontraríamos idêntica salvaguarda para cada um dos direitos e garantias ora elencados, oportunidade na qual transcrevemos o Artigo X da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), que protege aquele que foi, em nosso entendimento, o direito mais violentado pela troca de mensagens 'privadas' na Lava Jato, qual seja, o direito ao julgamento por um Juiz imparcial: *Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal* ***independente e imparcial****, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele* – grifo nosso.

Se *Todos são iguais perante a lei* (CF, art. 5º, *caput*), não se afigura aceitável que uma das partes, no processo penal, tenha acesso privativo a uma forma de comunicação com o Juiz. Conforme divulgado pelo *The Intercept Brasil*, membros do Ministério Público Federal mantinham com o 'Juiz da Lava Jato' chats privados em aplicativo de celular. Enquanto uma das partes (a defesa) falava com o Juiz através dos autos, obedecendo a forma e prazos correspondentes, ou em audiências no espaço público do Fórum, a acusação mantinha chats pretensamente 'privados', através dos quais discutia e esclarecia requerimentos, obtinha antecipação do

conteúdo de decisões, recebia opiniões sobre estratégia recursal e articulava a manipulação da opinião pública contra o réu e a defesa. Não bastasse, os diálogos eram mantidos não apenas em clima amistoso, mas em verdadeiro clima de camaradagem e cumplicidade, com recorrentes elogios e afagos ególatras.

A jurisdição é a função atribuída a terceiro ***imparcial*** *de realizar o Direito de modo imperativo e criativo, reconhecendo/efetivando/protegendo situações jurídicas concretamente deduzidas, em decisão insuscetível de controle externo e com aptidão para tornar-se indiscutível* (DIDIER JR, 2014). Desse conceito (e de nosso grifo) deflui que a imparcialidade é condição de existência da jurisdição. Assim, com o rompimento da imparcialidade, a própria jurisdição deixa de existir, surgindo em seu lugar formas de regra abomináveis de solução dos litígios, como a vingança e a autotutela.

Organicamente, o Juiz é um agente público, ou seja, é recrutado e remunerado pelo Estado. No entanto, o vínculo que une o Juiz ao Estado é muito tênue, tanto que goza de uma série de garantias (vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade de subsídio etc.) cujos objetivos são, justamente, evitar que o Estado ou a sociedade possam intervir em suas decisões, subtraindo-lhe a imparcialidade. No entanto, quando esse Juiz renuncia à imparcialidade e se invoca a condição de agente de **combate** à corrupção, ele renuncia à jurisdição e se torna uma espécie de vingador a serviço do Estado ou de subterrâneos 'interesses sociais'. Juiz criminal não é agente de **combate** à corrupção, pois o verbo combater pressupõe uma tomada de posição contra o réu, pois é ele o acusado de praticar o ato corrupto. Não se pense, por isso, que a sociedade e o Estado ficariam vulneráveis à corrupção se o Juiz fosse proibido de a combater, pois o Sistema de Justiça é dotado de agentes de combate: Ministério Público, Polícia Militar e Judiciária, Tribunais de Contas e Controladorias. Assim, enquanto estes agentes estatais agem no combate à corrupção, figura o Juiz como fiel da balança para garantir que o combate está sendo realizado com observância de direitos e garantias caros à democracia, pois ***o processo penal é antes de qualquer coisa um anteparo ao arbítrio do Estado e funciona como garantia de liberdade da pessoa diante do Estado*** (SARLET, 2017) – grifo nosso.

O próprio conceito de autotutela ajuda a entender aquilo que o Juiz se torna quando se despe da imparcialidade: *Trata-se de solução do conflito de interesses que se dá* ***pela imposição da vontade de um deles, com o sacrifício do interesse do outro. Solução egoísta e parcial do litígio. O 'juiz da causa' é uma das partes*** (DIDIER JR, 2014) – grifo nosso. É exatamente o que ocorre quando o Juiz se esquece de sua condição de imparcialidade e se invoca a condição de agente estatal ou social de combate à corrupção, passando à orientar os trabalhos da acusação, indicando provas, discutindo estratégias recursais, criticando procuradores e mobilizando a opinião pública contra o réu e a defesa. No Estado Democrático de Direito, deve haver um indivíduo imparcial que sirva para conter os excessos persecutórios, salvaguardando direitos e garantias.

O princípio do devido processo legal constitui garantia da observância das normas, direitos, garantias e procedimentos fixados, antes de tudo, na Constituição e, sempre que com ela compatível, na legislação ordinária. O devido processo legal é conceito amplo que abarca a ampla defesa e o contraditório. Aqui, não consideramos de nenhuma maneira contraditório o diálogo estabelecido em chat pretensamente 'privado' sobre matéria pendente de julgamento. Ofende a ampla defesa do réu não ter acesso aos elementos que contribuem para a formação da opinião do magistrado sobre a lide que lhe é posta. Igualmente há, em tais chats, ofensa à publicidade própria dos atos de agentes públicos no exercício de suas funções, eis que não sujeitos à sindicância por parte das instâncias superiores, da defesa e da sociedade. Os autos processuais e o espaço do Fórum existem para que os diálogos entre as partes sejam ali travados, dispensando o uso de chats 'privados', os quais, surpreendentemente, os interessados apagaram (ARAÚJO, 2019) segundo seu alvedrio, subtraindo da defesa, das instâncias superiores, da sociedade e da História o conhecimento daquilo que, não nos casamos de repetir, agentes **públicos** no exercício de funções **públicas** fizeram no que entendiam de maneira subjetiva e arbitrária ser o interesse **público**.

Por fim, de todos os princípios violados por meio de chats privados entre acusação e Juiz no âmbito da Lava Jato está a imparcialidade, que

está prevista na Constituição (art. 5º, LIV, art. 37, *caput*, art. 93, I, II, III e VIII, art. 95 e art. 129, I), no art. X da Declaração Universal dos Direitos Humanos, no art. 254, IV, do Código de Processo Penal (*O juiz dar-se-á por suspeito […] se tiver aconselhado qualquer das partes*) e nos arts. 8º e 9ºdo Código de Ética da Magistratura (*Art. 8º O magistrado imparcial é aquele que busca nas provas a verdade dos fatos, com objetividade e fundamento, mantendo ao longo de todo o processo uma distância equivalente das partes, e evita todo o tipo de comportamento que possa refletir favoritismo, predisposição ou preconceito*).

É incogitável, no autêntico sistema acusatório, um juiz indicar provas à acusação, por meio de chat 'privado' e, de maneira furtiva, ficar acordado que a indicação seria formalizada como denúncia anônima; é incogitável o juiz sugerir à acusação a emissão de nota para manipulação da opinião pública contra o réu em resposta ao que o juiz acachapou como 'showzinho da defesa'; é incogitável, constrangedor e antiético o juiz tentar restringir o número de réus a serem investigados, insinuar que existam possíveis réus que não deveriam ser melindrados, questionar a estratégia recursal da acusação e questionar a qualidade do trabalho de um procurador. No sistema acusatório, eventual deficiência da acusação deve se refletir a benefício do réu, não podendo o Juiz questionar, nem pretender suprir as deficientes habilidades de um Procurador no exercício da inquirição. Compactuar com tais práticas é renunciar ao sistema acusatório, ao princípio da imparcialidade e, ao cabo, à própria jurisdição como instrumento de solução de conflitos.

II – O perigoso 'Direito' das 'pessoas de bem'

Mas, em tempos nos quais tantos se invocam a condição de 'pessoa de bem', torna-se impositiva a pergunta: **por quê deveria a 'pessoa de bem' se preocupar com a salvaguarda dos direitos e garantias da 'pessoa de mal'?** A pergunta, que num primeiro momento pode parecer descontextualizada e até ridícula, talvez constitua o tendão de Aquiles no conflito entre o garantismo e punitivismo penais. A 'pessoa de bem' possui uma visão maniqueísta do mundo, mas, nesse mundo dualista, a 'pes-

soa de bem' ocupa lugar privilegiado: o lado das 'pessoas de bem'. Todos os demais são 'pessoas do mal'. No Brasil do ano de 2019, as 'pessoas de bem' são contra a corrupção, o que, por si só, é de surpreendente ilogicidade, já que não existe (ou ao menos nunca ouvimos falar) quem seja 'a favor da corrupção', o que coloca a 'pessoa de bem' na delicada condição de ter que indicar que outro critério usará para definir aqueles que seriam as 'pessoas do mal', de forma a sustentar o privilégio de ocuparem o lado certo dessa equação.

Então, as 'pessoas de bem' do Brasil do ano de 2019 decidiram que ser contra a corrupção é ser 'a favor da Lava Jato'. Com isso, conseguiram descolorir o mundo, subjugando-o à realidade dual maniqueísta do branco e preto. Assim, as ditas 'pessoas de bem' etiquetam como 'pessoas do mal' todos aqueles que possuem qualquer ressalva à Lava Jato, ao ex Juiz Sérgio Moro, à delação premiada e ao punitivismo penal. Quanto ao investigado, indiciado, acusado ou condenado, a visão da 'pessoa de bem' é de que:

> O bandido deve ser morto pois não há chance de compreensão do outro, nem de modificação, nem de diálogo, nem de justiça. A justiça da pessoa de bem é a eliminação do incômodo. O bandido ocupa, para as pessoas de bem, o mesmo posto que qualquer pessoa que pense diferente. O bandido é um outsider, alguém que viola as regras, assim como qualquer pessoa que não se enquadre. (NASCIMENTO, 2018)

Então, para as 'pessoas de bem', não faz qualquer sentido a preocupação com direitos e garantias do investigado, indiciado, acusado ou condenado, pois ele é a 'pessoa do mal'. Neste esforço maniqueísta, a pessoa de bem acha razoável (e até necessário) que o Juiz **combata** a corrupção e viole a imparcialidade. *Incapaz de ver o mundo como* ***um todo feito de muitos****, a pessoa de bem não pode compreender a função da política. A política é feita para governar para todos, mas para a pessoa de bem a política deve governar para os que são bons* (NASCIMENTO, 2018) – grifo nosso. Se adaptarmos esse texto substituindo 'política' por 'direitos e garantias', teremos um desenho muito claro do 'Direito' que a 'gente de bem' pretende: *Incapaz de ver o mundo como um todo feito de muito, a pessoa de bem não pode compreender a função* [dos

direitos e garantias. Os direitos e garantias são feitos] *para todos, mas para a pessoa de bem* [os direitos e garantias são] *para os que são bons*.

Mas as 'pessoas de bem' incidem no erro crasso de supor que as coisas sempre foram assim e que sempre continuarão sendo. As 'pessoas de bem' não entendem que a sociedade, a política e o Direito mudam e, com eles, aquilo que se considera 'do bem' ou 'do mal'. *Desconsidera-se que a história muda o que é bom a cada época* (NASCIMENTO, 2018) e, nesse mister, o investigado, o indiciado, o acusado ou o condenado de amanhã pode ser a 'pessoa de bem' de ainda ontem. E será justamente neste momento mais escuro que as 'pessoas de bem' sentirão saudade dos direitos e garantias processuais penais da igualdade, jurisdição, devido processo legal, ampla defesa, contraditório, imparcialidade, impessoalidade, publicidade e liberdade.

A História Universal e Nacional é repleta de guinadas políticas acentuadas, até porque *a história nunca foi escrita por pessoas de bem. O que há de notável no mundo foi produzido por mãos de pessoas incomuns, incapazes de socializar ou afastadas do mundo por suas visões únicas. As pessoas de bem estiveram sempre do lado oposto, do lado da recusa por mudanças, do medo e do ódio. Escravos, judeus, sufragistas, revolucionários, ativistas, estes nunca foram pessoas de bem* (NASCIMENTO, 2018). Não por outro motivo, no artigo *Direitos humanos em tempos brutos: os desafios impostos pela escalada da violência à eficácia do princípio da universalidade* (SILVA, 2019b), defendemos que *direitos humanos não têm lado; direitos humanos são o árbitro, são o limite prudencial ao arbítrio e à exceção*.

Por isso, entendemos que a defesa intransigente dos direitos e garantias processuais penais, especialmente do direito ao julgamento por um Juiz imparcial, é de interesse universal, não podendo ser situado em qualquer ponto do amplo espectro do campo político ideológico. A Lava Jato, que talvez tenha começado como uma nobre tentativa de reduzir os alarmantes índices de corrupção no Brasil, que por um breve momento nos fez esquecer que cadeia é lugar de preto e de pobre, perdeu-se nos tortuosos caminhos da vaidade mitomaníaca dos heróis de ocasião. Apaixonou-se pela própria imagem refletida nas águas turvas de uma audiência acrítica e, como Narciso, definhou na contemplação da própria beleza.

Bibliografia

ARAÚJO, Henrique. **Lava Jato diz que mensagens de Moro foram excluídas e histórico, apagado**. Disponível em <http://blogs.opovo.com.br/politica/2019/06/19/procuradores-da-lava-jato-afirmam--que-mensagens-foram-excluidas-e-historico-apagado/>. Publicado em 19 de junho de 2019. Acesso em 26 de junho de 2019.

Assembleia-Geral da Organização das Nações Unidas (1948, 10 de dezembro). Resolução nº 217. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em 26 de junho de 2019.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

BRASIL (1940, 7 DE DEZEMBRO DE). **Código Penal**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 14 de junho de 2019.

BRASIL (1941, 3 DE OUTUBRO DE). **Código de Processo Penal**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm >. Acesso em 14 de junho de 2019.

BRASIL (1988, 5 DE OUTUBRO DE). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 13 de junho de 2019.

BRASIL (2008, 18 DE SETEMBRO DE). **Código de Ética da Magistratura Nacional**. Disponível em < http://www.cnj.jus.br/publicacoes/codigo-de-etica-da-magistratura>. Acesso em 26 de junho de 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de lei 8.045/2010 (Novo Código de Processo Penal)**. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1668776&-filename=SBT+1+PL804510+%3D%3E+PL+8045/2010>. Acesso em 23 de junho de 2019.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 16. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

GREGER, Reinhard. **Cooperação como princípio processual**. Ronaldo Kochen (trad.). Revista de processo. São Paulo: RT, 2012. n. 206, p. 125. *In* DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 16. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

GREENWALD, Glenn Edward; DEMORI, Leandro. The Intercept Brasil. **A quem interessa a narrativa dos 'hackers criminosos' na #vazajato?**. Disponível em <https://theintercept.com/2019/06/17/hackers-criminosos-vazajato-sergio-moro/>. Publicado em 17 de junho de 2019. Acesso em 26 de junho de 2019.

GREENWALD, Glenn Edward; DEMORI, Leandro; MARTINS, Rafael Moro. The Intercept Brasil. **Deltan Dalagnol duvidava das provas contra Lula e de propina da Petrobras horas antes da denúncia do triplex**. Disponível em < https://theIntercept.com/2019/06/09/dallagnol-duvidas-triplex-lula-telegram-petrobras/>. Publicado em 9 de junho de 2019. Acesso em 13 de junho de 2019.

GREENWALD, Glenn Edward; DEMORI, Leandro; MARTINS, Rafael Moro; AUDI, Amanda. The Intercept Brasil. ***'A defesa já fez o showzinho dela'***. Disponível em <https://theintercept.com/2019/06/14/sergio-moro-enquanto-julgava-lula-sugeriu-a-lava-jato-emitir-uma-nota-oficial-contra-a-defesa-eles-acataram-e--pautaram-a-imprensa/>. Publicado em 14 de junho de 2019. Acesso em 17 de junho de 2019.

GREENWALD, Glenn Edward; DEMORI, Leandro; MARTINS, Rafael Moro; AUDI, Amanda; DIAS, Tatiana. The Intercept Brasil. ***'Tem alguma coisa séria mesmo do FHC?'***. Disponível em <https://theintercept.com/2019/06/18/lava-jato-fingiu-investigar-fhc-apenas-para-criar-percepcao-publica-de-imparcialidade-mas-moro-repreendeu-melindra-alguem-cujo-apoio-e-importante/>. Publicado em 18 de junho de 2019. Acesso em 21 de junho de 2019.

GREENWALD, Glenn Edward; MARTINS, Rafael Moro; SANTI, Alexandre de. The Intercept Brasil. **Chats privados revelam colaboração proibida de Sérgio Moro com Deltan Dalagnol na Lava Jato**. Disponível em < https://theIntercept.com/2019/06/09/chat-moro-deltan-telegram-lava-jato/>. Publicado em 9 de junho de 2019. Acesso em 13 de junho de 2019.

GREENWALD, Glenn Edward; POUGY, Victor. The Intercept Brasil. **Procuradores da Lava Jato tramaram em segredo para impedir entrevista de Lula antes das eleições por medo de que ajudasse a 'eleger Haddad'**. Disponível em < https://theIntercept.com/2019/06/09/procuradores-tramaram-impedir-entrevista-lula/>. Publicado em 9 de junho de 2019. Acesso em 13 de junho de 2019.

GREENWALD, Glenn Edward; REED, Betsy; DEMORI, Leandro. The Intercept Brasil. **Como e por que o Intercept está publicando chats privados sobre a Lava Jato e Sérgio Moro**. Disponível em < https://theIntercept.com/2019/06/09/editorial-chats-telegram--lava-jato-moro/>. Publicado em 9 de junho de 2019. Acesso em 13 de junho de 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014.

MORAIS, Tarciso. **Moro nega autenticidade de mensagens divulgadas pela Folha**. Disponível em < https://renovamidia.com.br/moro-nega-autenticidade-de-mensagens-divulgadas-pela-folha/>. Publicado em 24 de junho de 2019. Acesso em 26 de junho de 2019.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Compêndio de Processo Penal: curso completo**. Barueri, SP: Manole, 2010.

NASCIMENTO, Valter. **As pessoas de bem estão ganhando e isso é muito perigoso**. Disponível em <https://valternascimento.com.br/aspessoasdebem-4c473ea387d1>. Publicado em 15 de março de 2018. Acesso em 26 de junho de 2019.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, Anderson do Prado. **O conceito de desobediência civil em Henry David Thoreau e o possível ataque hacker no âmbito da Operação Lava Jato**. Disponível em <https://drive.google.com/open?id=159N0f2jixuudlEmwXfkYA8gh2f2QBE-U>.

SILVA, Anderson do Prado; SILVA, Selmara Aparecida Batista de Oliveira Silva. **Direitos humanos em tempos brutos: os desafios impostos pela escalada da violência à eficácia do princípio da universalidade**. Disponível em < https://drive.google.com/open?id=1qQIchNBMB0bLl26jb8CGSoOcZMIOhK0x>.

The Intercept Brasil. **Leia os diálogos de Sérgio Moro e Deltan Dallagnol que embasaram a reportagem do Intercept**. Disponível em < https://theintercept.com/2019/06/12/chat-sergio-moro-deltan-dallagnol-lavajato/>. Publicado em 12 de junho de 2019. Acesso em 17 de junho de 2019.

O ENCONTRO ENTRE O INVENTÁRIO E O TOMBAMENTO: EFEITOS JURÍDICOS COMPARTILHADOS E FUNÇÕES COMPLEMENTARES

Leonardo Carvalho Gusmão

1. INTRODUÇÃO

Discutir Direito do Patrimônio Cultural é recente. Embates existem para descobrir se é um ramo autônomo do Direito ou se integra os sistemas do Direito Administrativo ou do Direito Ambiental.

Ademais, investigar o instrumento administrativo de proteção ao patrimônio cultural chamado inventário demanda um mergulho nas raízes do tema. Não pode ser confundido com o inventário reconhecido pelo Direito Civil, pois não cataloga bens do *de cujus*, mas sim bens culturais esparsos na sociedade.

Não há dimensão clara dos seus efeitos jurídicos, como ocorre com o tombamento, cuja regulamentação, a nível federal, se deu através do Decreto-Lei nº 25/37. Nada obstante a lacuna legislativa, opção não restou senão averiguar se é possível estender ao inventário os mesmos efeitos jurídicos do tombamento.

Para tanto, este artigo científico - que tem por finalidade analisar a reverberação dos efeitos jurídicos do tombamento no inventário, a partir de pesquisa bibliográfica (doutrina e legislação) – pretende demonstrar que esta temática pode auxiliar no enfrentamento de questões práticas da preservação dos bens culturais no Brasil.

Inicialmente, delinear-se-á o estudo pela noção do Direito do Patrimônio Cultural como ramo que abarca a proteção aos bens culturais. Em seguida, analisar-se-á em que consiste a expressão patrimônio cultural. Ato contínuo, o trabalho destacará, individualmente, dois dos instrumentos de proteção do patrimônio cultural - localizados no art. 216, §1º, da Constituição Federal de 1988 -, quais sejam: tombamento e inventário.

Em seguida, investigar-se-á, pormenorizadamente, o instituto do inventário sob o qual recaem importantes noções conceituais, assim como sobre seus procedimentos, que são díspares aos do instituto mais conhecido da ordem jurídica – o tombamento.

Mas não apenas as diferenças são observáveis entre o inventário e o tombamento. Ambos buscam conservar e preservar bens culturais, ou seja, bens de interesse público que se submetem à proteção especial. É por essa finalidade idêntica que, aplicando a analogia para casos onde há lacuna legislativa, entende-se ser possível estender os efeitos jurídicos provenientes do tombamento ao inventário, notadamente porque a doutrina consagra efeitos similares e a legislação infraconstitucional – com destaque para a Lei nº 8.895/2003 do Estado da Bahia – equipara os instrumentos quando casos omissos existirem.

2. O DIREITO DO PATRIMÔNIO CULTURAL

Com o avanço do que foi denominado de Estado Democrático de Direito, isto é, quando o Estado "se rege por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo" (MORAES, 2016, p. 58), novas demandas sociais surgiram e, por conseguinte, novos direitos.

Bobbio (2004, p. 33) caracteriza este fenômeno como uma multiplicação de direitos que ocorreu por alguns fatores, os quais destacam-se: *I)* a maior oferta de bens tuteláveis; *II)* a extensão da titularidade de determinados direitos e *III)* o homem é entendido como um sujeito de direitos.

Entre os novos direitos, ou direitos do homem, encontra-se o direito ao patrimônio cultural, entendido como o direito que todo indivíduo possui de acessar, fruir e criar bens culturais.

Segundo Paiva (2015, p. 30), embora seja possível encontrar documentos de atos ou leis que determinavam a proteção de alguns bens culturais desde o século XVIII, a preocupação em constitucionalizar a preser-

vação do patrimônio cultural – a ponto de ser concebido um novo ramo do direito - é recente no Brasil e remonta o século XX, após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

O ramo jurídico citado alhures é o Direito do Patrimônio Cultural. Este se preocupa eminentemente com a proteção dos bens culturais, entendidos sob a alcunha de patrimônio cultural, e tem entre os seus temas recorrentes, consoante explana Paiva (2015), conflitos jurídicos acerca da dimensão cultural do imóvel, o significado dos bens culturais materiais e os direitos à memória e ao esquecimento.

Trata-se de uma seara que possui jurisprudência, doutrina e normas "que estabelecem, portanto, um regime de direito público, relativamente a um objecto específico, constituído pelos bens culturais" (NABAIS, 2010, p. 50).

Pode-se afirmar que inserido no ramo Direito do Patrimônio Cultural está o direito ao patrimônio cultural, isto é, o direito constitucional – e fundamental – de acessibilidade e de fruição aos bens culturais. Isso ocorre tendo em vista que os bens culturais são fontes de saber e cultura na medida em que deve ser assegurada a toda coletividade o direito à visita e à informação.

3. PATRIMÔNIO CULTURAL

Como mencionado alhures, o patrimônio cultural é identificado como o objeto precípuo do Direito do Patrimônio Cultural. Na atualidade, este patrimônio, segundo Paiva (2015, p. 201), deve sofrer uma leitura que não remeta apenas ao que é antigo, mas também como o meio capaz de levar o cidadão a entender o futuro e a contemporaneidade.

A definição de patrimônio cultural perpassa, inicialmente, para a compreensão das palavras que compõe esta expressão. Patrimônio consiste em "herança paterna; bens de família; quaisquer bens, materiais ou morais" (BUENO, 2000, p. 578). Já a Constituição Federal de 1988, em seu art. 216, concebe a palavra patrimônio no sentido de riquezas culturais pertencentes ao povo brasileiro.

Ficou entendido, a partir do senso comum, que a cultura abrange desde a formação escolar do indivíduo, passando pelas manifestações artísticas de um povo, até chegar ao que é veiculado nos meios de comunica-

ção de massa. Academicamente, a cultura "diz respeito a tudo aquilo que caracteriza a existência social de um povo ou nação, ou então de grupos no interior de uma sociedade" (SANTOS, 1987, p. 21), ao passo que também é entendida como a produção de conhecimento, ideias e crenças.

O patrimônio cultural, por sua vez, de acordo com Varine-Bohan (1974), deve ser fragmentado em três elementos distintos: *a)* os pertencentes à natureza; *b)* os que se referem ao conhecimento e *c)* os bens culturais.

A Constituição Federal de 1988 preocupou-se, em seu art. 215, com o exercício e o acesso dos direitos culturais – o que corrobora para a proteção do patrimônio cultural. É cabível assinalar, após as aclarações, conforme dicção do *caput* do art. 216 da Constituição Federal, que a definição de patrimônio cultural abraça:

> [...] simultaneamente os conceitos de valor histórico, já que prescreve a proteção de bens individualmente, ou em conjunto desde que portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, sem exigir que sejam de 'valor excepcional', e ainda os de valor sociológico, eis que consagra a defesa dos bens imateriais ao lado dos bens materiais. Também exclui acertadamente a necessidade de que os bens culturais sejam tombados para integrarem o patrimônio cultural (RODRIGUES, 2012, p. 92).

Nesse sentido, os bens culturais que integram o patrimônio cultural e que devem ser protegidos pelo Estado e pela comunidade, estão delimitados expressamente nos cinco incisos do art. 216 da Constituição Federal, quais sejam: as formas de expressão; os modos de criar, fazer e viver; as criações científicas, artísticas e tecnológicas; as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais e os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

Estes bens culturais delimitados pela Carta Magna brasileira, consoante análise de Filho (2005), são chamados também de bens de interesse público ou socioambientais, ao passo que apresentam titularidade difusa e não se opõem aos conceitos de público e privado, tampouco de material e imaterial – tratam-se da soma dos dois.

Por isso que, para Paiva (2015), bem cultural diz respeito ao valor e ao significado que a sociedade emprega ao elemento da cultura. Logo, o objeto dito cultural o é porque foi considerado assim através de um processo coletivo de reconhecimento e de proteção.

Então, o patrimônio cultural, para Nabais (2010), simplesmente engloba todos os bens culturais. Discorda desta tese Paiva (2015), pelo qual bem cultural seria o valor intrínseco ao objeto de análise – que pode ser material ou imaterial –, e patrimônio cultural apresentaria uma dupla compreensão: *a)* sistema com objetivo de compreender e inserir os bens culturais à identidade populacional e *b)* um meio capaz de unir os diferentes bens culturais.

4. CONSIDERAÇÕES ACERCA DO INVENTÁRIO E DE SUA RELAÇÃO COM O TOMBAMENTO

Este capítulo abordará, de forma resumida, o tombamento para, em seguida, averiguar os pormenores do inventário. Inicialmente, para não restar dúvidas, este instrumento será definido gramaticalmente. Em seguida serão apresentados os traços marcantes quanto ao conceito e aos efeitos jurídicos específicos desta ferramenta para, por fim, demonstrar que os efeitos jurídicos do inventário podem ser os mesmos do tombamento, já que são instrumentos que se completam.

4.1 TOMBAMENTO E INVENTÁRIO

Previsto pelo Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937 o tombamento é o instrumento de proteção do patrimônio cultural notadamente conhecido na literatura jurídica brasileira. Tem como objetivo, de acordo com Cunha Filho (2007, p. 145), o reconhecimento do valor cultural de um bem através de estudos técnico-científicos e com a posterior mitigação de um ou de alguns elementos do direito de propriedade.

Advém do verbo tombar, isto é, "Pôr (o Estado) sob sua guarda, para os conservar e proteger" (FERREIRA, 2010, p. 744), ao passo que os bens serão inscritos no Livro dos Tombos.

Entre os bens passíveis de tombamento estão todos aqueles enunciados nos incisos I a V, do art. 216, da Carta Magna brasileira, ou seja, os

bens materiais e imateriais que possuam manifestação cultural inerente sob quaisquer de suas formas, cuja identificação fica a cargo dos órgãos públicos em âmbitos federal, estadual e municipal. A própria legislação que regulamenta o instrumento de proteção especifica que:

> Art. 1º Constitue o patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interêsse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico.
>
> § 1º Os bens a que se refere o presente artigo só serão considerados parte integrante do patrimônio histórico o artístico nacional, depois de inscritos separada ou agrupadamente num dos quatro Livros do Tombo, de que trata o art. 4º desta lei.
>
> § 2º Equiparam-se aos bens a que se refere o presente artigo e são também sujeitos a tombamento os monumentos naturais, bem como os sítios e paisagens que importe conservar e proteger pela feição notável com que tenham sido dotados pelo natureza ou agenciados pelo indústria humana. (BRASIL, 1937)

Identificam-se três vertentes para a natureza jurídica do tombamento, quais sejam: *a)* limitação administrativa; *b)* servidão administrativa e *c)* caráter *sui generis*.

A limitação administrativa, manifestação do poder de polícia estatal, é a "modalidade de intervenção ordinatória, abstrata e geral do Estado na propriedade e na atividade privadas, limitativa do exercício de liberdades e de direitos, gratuita, permanente e indelegável" (MOREIRA NETO, 2014, p. 509).

Por esta concepção, os bens tombados sujeitam-se às restrições voltadas para a proteção do patrimônio cultural. Em suma, a identificação do instituto do tombamento como uma espécie de limitação administrativa está consubstanciada no pensamento de Rabello (2009, p. 137-138), pelo qual:

> O tombamento como ato administrativo visa à proteção do interesse público genérico, que é a cultura nacional, manifesta e materializada em coisas móveis ou imóveis, existentes no território

> nacional e identificadas pelo órgão que a lei atribuiu competência para tal. Através do ato administrativo do tombamento, a administração pública insere o bem identificado na classe dos bens culturais, passando a tutelar o interesse público que a coisa detém, sem detrimento das suas relações de direito concernentes ao domínio.

De outro ponto, discute-se que o tombamento é uma servidão administrativa, isto é, "intervenção ordinatória e concreta do Estado na propriedade privada, parcialmente expropriatória, impositiva de ônus real de uso público, onerosa, permanente, não executória e de execução delegável" (MOREIRA NETO, 2014, p. 510). Nesse sentido, quando o tombamento contrai o direito de propriedade ele é uma servidão administrativa.

Na contramão desta dualidade há uma última corrente que entende o tombamento como uma categoria própria, *sui generis*. Carvalho Filho (2017) é o defensor desta tese segundo a qual o tombamento não é um direito real, logo não pode ser uma servidão administrativa, bem como possui caráter específico (incide sobre determinados bens) – não podendo ser uma limitação administrativa.

O autor explica finalmente que:

> [...] o tombamento não é nem servidão nem limitação administrativa. Trata-se realmente de instrumento especial de intervenção restritiva do Estado na propriedade privada, com fisionomia própria e inconfundível com as demais formas de intervenção. Além disso, tem natureza concreta e específica, razão por que, diversamente das limitações administrativas, se configura como uma restrição ao uso da propriedade. Podemos, pois, concluir que a natureza jurídica do tombamento é a de se qualificar como meio de intervenção do Estado consistente na restrição do uso de propriedades determinadas (CARVALHO FILHO, 2017, p. 444).

Destaca-se, por fim, as espécies de tombamento, na esteira dos arts. 5º à 9º do Decreto-Lei nº 25/37: *a)* de ofício; *b)* voluntário e *c)* compulsório. Na primeira espécie, a autoridade competente, realizará o tombamento por ofício por meio de notificação ao ente proprietário do bem.

Os tombamentos sob as formas voluntária e compulsória ocorrem somente quando a coisa pertencer à pessoa física ou jurídica de direito

privado. Quando o proprietário do bem pedir ou quando o mesmo anuir à solicitação de órgão especializado no ato de tombar, o tombamento é voluntário. Noutra senda, "no tombamento compulsório, o órgão competente é quem dá início ao processo de tombamento, notificando o proprietário que, inconformado, procura opor-se ao tombamento" (LOURENÇO, 2006).

O tombamento pode ser, ainda, provisório ou definitivo. O primeiro é aquele realizado de modo precário sem verificar se o bem atende aos requisitos legais. Já o definitivo deve seguir todos os requisitos procedimentais e de identificação. Em ambos os casos, os efeitos e as restrições são as mesmas e a Administração Pública tem o dever de preservar o bem tombado mediante o seu poder de polícia.

O inventário, por sua vez, ainda não foi regulamentado por legislação federal, mas os Estados-membros e Municípios, de acordo com suas competências, podem legislar a respeito da matéria.

O verbo inventariar significa, de acordo com Ferreira (2010, p. 438), "1. Fazer o inventário de. 2. Descrever miudamente. 3. Relacionar." O substantivo inventário, por sua vez, reforça a ideia concebida de que é uma relação de bens deixados por alguém que morreu - noção esta investigada no Direito Civil, segundo a qual é "uma descrição detalhada do patrimônio do autor da herança, atividade esta destinada à posterior partilha ou adjudicação dos bens" (GAGLIANO; FILHO, 2017, p. 1558).

Para o Direito Público, o inventário, ato administrativo declaratório restritivo, é um instrumento de proteção e de preservação do patrimônio cultural, previsto expressamente no art. 216, §1º, da Constituição Federal, pelo qual seleciona-se e identifica-se bens dotados de atributos culturais que merecem a preservação do Poder Público.

A partir da concepção de ser um instrumento que possibilita uma análise preliminar de quais bens devem ser catalogados como culturais e, portanto, integrantes do patrimônio cultural, é que o inventário, consoante Rodrigues (2012), é o instrumento capaz de identificar e detalhar características e informações de determinados bens para, a partir de então, protegê-los como bens culturais.

Funciona, pois, como uma pesquisa que detalha os bens passíveis de terem seu valor cultural protegido pelo Estado ao passo que é costumeiramente entendido como uma avaliação prévia do arcabouço de bens culturais.

4.2 DIFERENÇAS ENTRE OS PROCEDIMENTOS DO INVENTÁRIO E DO TOMBAMENTO

Inventário e tombamento são, ambos, instrumentos de proteção e preservação do patrimônio cultural brasileiro, incluídos no rol do art. 216, §1º, da Constituição Federal de 1988, porém com procedimentos diversos.

Por ser um instituto já regulamentado, o tombamento ganha contornos de guardião supremo dos bens culturais, mas não é o único. O inventário também cumpre esta função, embora seja uma forma menos restritiva de intervenção do Poder Público na propriedade privada.

O procedimento do inventário começa com a sujeição dos bens à catalogação. Estes podem ser materiais ou imateriais, ao passo que serão introduzidos em um banco de dados "que possibilite a valorização e salvaguarda, planejamento e pesquisa, conhecimento de potencialidades e educação patrimonial" (IPHAN, 2014).

Após a análise e a obtenção dos resultados dos trabalhos de investigação, todos os estudos são registrados em fichas com as descrições físicas, estado de conservação, definições de proprietários etc. do bem cultural inventariado.

Existe, inclusive, no âmbito do IPHAN, uma metodologia de pesquisa chamada Inventário Nacional de Referências Culturais (INRC), regida pela Instrução Normativa nº 001, de 02 de março de 2009, na qual pessoas físicas ou jurídicas, mediante comprovação técnica, colaboram nas investigações pertinentes a referências culturais – o que democratiza e desburocratiza a proteção do patrimônio cultural.

O tombamento, por sua vez, ocorre a partir da inscrição do bem em um dos livros do tombo a partir de seu valor histórico-cultural. É proferido pelo Estado, que o fará de ofício, através do diretor do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional ou por pessoa física ou jurídica de direito privado, que fará o tombamento voluntário ou compulsório. O primeiro será executado quando o proprietário pedir a coisa e esta mantiver os requisitos característicos do patrimônio cultural ou quando o proprietário anuir à notificação de inscrição do bem no livro do Tombo. Se o proprietário se recusar a anuir à inscrição da coisa, far-se-á o tombamento compulsório, seguindo o processo do art. 9º do Decreto-Lei nº 25/37:

> Art. 9º. O tombamento compulsório se fará de acôrdo com o seguinte processo:
>
> 1) o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, por seu órgão competente, notificará o proprietário para anuir ao tombamento, dentro do prazo de quinze dias, a contar do recebimento da notificação, ou para, si o quisér impugnar, oferecer dentro do mesmo prazo as razões de sua impugnação.
>
> 2) no caso de não haver impugnação dentro do prazo assinado. que é fatal, o diretor do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional mandará por símples despacho que se proceda à inscrição da coisa no competente Livro do Tombo.
>
> 3) se a impugnação for oferecida dentro do prazo assinado, far-se-á vista da mesma, dentro de outros quinze dias fatais, ao órgão de que houver emanado a iniciativa do tombamento, afim de sustentá-la. Em seguida, independentemente de custas, será o processo remetido ao Conselho Consultivo do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, que proferirá decisão a respeito, dentro do prazo de sessenta dias, a contar do seu recebimento. Dessa decisão não caberá recurso. (BRASIL, 1937)

De logo, a inventariação é mais célere do que o tombamento ao passo que os trabalhos são feitos mediante pesquisas e catalogação de bens culturais passíveis de proteção. Enquanto o inventário preserva bens imateriais, como a música, por exemplo, o tombamento opera efeitos diante de bens palpáveis. Outro ponto de distinção entre os instrumentos é o fato do tombamento proteger bens notáveis e de elevado interesse público. Em contrapartida o inventário pode ser utilizado para proteger bens singelos, mediante comprovação da importância cultural.

4.3 A POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DOS EFEITOS JURÍDICOS DO TOMBAMENTO AO INVENTÁRIO

Do tombamento surgem mitigações ao direito de propriedade – direito este previsto no art. 1.228 do Código Civil brasileiro (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002). Seus conseqüentes efeitos jurídicos são: *a)* pre-

servação, por parte do proprietário, do bom estado de conservação dos bens imóveis, sem poder alterar as características dos mesmos, sendo que, se o proprietário não tiver condições financeiras, deverá comunicar o fato ao órgão responsável, sob pena de multa (art. 19, do Decreto-lei nº 25/37); *b)* proibição da mutilação de bens tombados (art. 17, do Decreto-lei nº 25/37); *c)* proibição, sem prévia autorização do IPHAN, de reparação ou restauração do bem tombado, sob pena de multa (art. 17, do Decreto-lei nº 25/37); *d)* fiscalização do órgão competente sob pena de haver multa caso haja empecilhos à vigilância e *e)* proibição de retirar bens do país.

De outro lado, é a partir do ato de inventariar que os bens culturais são fichados e catalogados como tais. Embora o inventário seja um instrumento de proteção voltado à catalogação e pesquisa, Miranda (2012, p. 347) identifica efeitos jurídicos semelhantes aos do tombamento, quais sejam:

> a) os bens inventariados devem ser conservados adequadamente por seus proprietários, uma vez que ficam submetidos ao regime jurídico específico dos bens culturais protegidos;
>
> b) os bens inventariados somente poderão ser destruídos, inutilizados, deteriorados ou alterados mediante prévia autorização do órgão responsável pelo ato protetivo, que deve exercer especial vigilância sobre o bem;
>
> c) os bens inventariados ficam qualificados como objeto material dos crimes previstos nos art. 62 e 63 da Lei nº 9.605/98;
>
> d) as restrições resultantes do inventário se coadunam com o princípio da função sociocultural da propriedade previsto na Constituição Federal e no Código Civil (art. 1228, §1º).

A semelhança dos efeitos jurídicos entre os instrumentos é percebida, por exemplo, pela leitura atenta da Lei estadual nº 8.895/2003 que institui normas de proteção e estímulo à preservação do patrimônio cultural do Estado da Bahia.

Por óbvio, os procedimentos relativos a cada um dos instrumentos de preservação cultural destacados são diferentes, porque seus modelos de proteção não são os mesmos: o inventário cataloga e o tombamento

conserva. No entanto, ambos têm o fito de preservar o patrimônio cultural brasileiro, seja porque este sofre perigo de deterioração, seja por uma vontade do proprietário.

Na legislação baiana supracitada, por exemplo, um dos efeitos do tombamento é, segundo o art. 11, a proibição de intervenções no bem sem prévia autorização do Instituto do Patrimônio Cultural e Artístico da Bahia (IPAC), sob risco de multa. Na mesma esteira encontra-se o art. 20, quando trata que o bem inventariado não poderá sofrer interferências sem a comunicação ao IPAC, também sob pena de multa.

Outros dispositivos da legislação baiana equivalem-se, quais sejam: o art. 17, que informa o dever do proprietário de notificar o adquirente de bem tombado, no ato de alienação, sobre o regime de proteção aplicado, e o art. 21, pelo qual o proprietário notificará o adquirente do imóvel inventariado, informando, também, o regime de proteção.

Resume o espírito do legislador infraconstitucional, que se preocupou na regulamentação, em âmbito estadual, dos procedimentos e efeitos dos instrumentos de proteção do patrimônio cultural baiano, o disposto no art. 49 da Lei estadual nº 8.895/2003: "Equiparam-se ao tombamento, para que se produzam os efeitos legais necessários, os demais institutos previstos nesta Lei". Por isso é que na ausência de mandamentos específicos ao instituto do inventário, deve-se aplicar os efeitos pertinentes ao tombamento.

Embora não haja regulamentação, a nível federal, do inventário, faz-se uma exegese para compreender que o instituto pode anteceder e complementar o ato de tombar, porque também é instrumento de proteção do patrimônio cultural, previsto no art. 216, §1º, da Constituição Federal de 1988.

É de se defender, assim, a extensão dos efeitos do tombamento ao inventário quando não há legislação estadual ou municipal a socorrer o interessado em preservar o bem cultural supostamente ofendido, na medida em que os bens inventariados gozam de uma proteção especial da mesma forma que os bens tombados, de modo que são considerados bens de interesse público.

Ao serem tratados como bens de interesse público, os bens culturais estão sob a guarida de um regime diferenciado segundo o qual são "funcionalizados originariamente à satisfação de um interesse coletivo" (MIRANDA, 2017). Não à toa que os proprietários de bens culturais devem

observar a denominada função sócio-ambiental da propriedade, plasmada no §1º, do art. 1.228, do Código Civil, na medida em que o direito de propriedade deve pautar-se no respeito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e ao patrimônio histórico e artístico.

Entende-se que o inventário é capaz de assumir para si, como uma imagem refletida, efeitos jurídicos do tombamento, notadamente aqueles referentes ao dever de preservação que tem o proprietário do bem cultural identificado. Tal capacidade deve ser atendida quando não houver legislação infraconstitucional, seja estadual ou municipal, com intuito de suprir omissão legislativa e/ou lacunas. E a forma encontrada de mitigar a incompletude do sistema jurídico é a partir da analogia ou interpretação analógica, isto é, "meio de interpretação do direito, que trabalha com base em argumentum a simili" (HARET, 2010, p. 999).

Não se vislumbra interpretação extensiva porque, como esclarece Chicarelli (2014), esta técnica é aquela em que o operador do direito amplia o alcance da norma até coadunar-se ao caso em apreço. Não seria prudente, pois, a interpretação extensiva de normas – e até do conceito do objeto – pertinentes ao tombamento, por ser um instrumento diverso do inventário e de valer-se de meios diferentes para alcançar o fim desejado – a conservação do bem cultural, nada obstante estarem dispostos no art. 216, §1º, da Carta Magna.

Destarte, embora apresentem formas de proteção diversas (o tombamento conserva um bem cultural, mitigando o direito de propriedade de outrem; o inventário é um catálogo de bens culturais que merecem ser protegidos), o condão que o legislador constitucional deu a ambos é o mesmo: a preservação do patrimônio cultural.

5. CONCLUSÃO

O tombamento e o inventário estão previstos no art. 216, § 1º, da Constituição Federal de 1988. Cabe ao Poder Público efetuar medidas administrativas a fim de preservar bens dotados de valor histórico-cultural marcante.

O primeiro instituto é mais conhecido, está regulamentado no Decreto-lei nº 25/37 e visa à conservação dos bens culturais notórios a partir de restrições ao direito de propriedade. O segundo instrumento carece de

regulamentação na esfera federal, embora alguns Estados-membros e Municípios, como Bahia e Pelotas/RS, já tenham editado leis a este respeito (Lei nº 8.895/2003 e Lei nº 2.708/1982, respectivamente). A partir do inventário é feita uma catalogação dos bens passíveis de preservação estatal.

São instrumentos administrativos que não se confundem, mas que se complementam, inclusive no tocante aos seus efeitos jurídicos. A complementação decorre do fato do inventário atuar anteriormente ao tombamento, visto que favorece a vigilância do Estado perante os bens culturais. Nesse sentido, os bens de valor cultural estarão catalogados, logo protegidos, em livros/fichas específicas. O ato de tombar seria, então, a medida conseqüente, auxiliada pelas informações trazidas pelo inventário.

Ademais, não se pode olvidar que ambos os instrumentos visam o mesmo fim, qual seja, a preservação do patrimônio cultural existente no país. O que muda são as formas encontradas de preservar: o inventário é meio de pesquisa e o tombamento é meio de ação direta de conservação.

Isto posto, não é forçoso reconhecer que, ao preservar bens de interesse público como os integrantes do patrimônio cultural, o inventário inclui-se obviamente como meio protetivo desses bens, exarando efeitos na órbita jurídica.

Há casos, como o da Lei º 8.895/2003, do Estado da Bahia, onde os efeitos provenientes do tombamento se espraiam ao inventário, como a proibição de intervenções no bem sem prévia autorização do ente responsável ou como a proibição de interferências nos bens sem aviso ao órgão competente. O legislador baiano inclusive destacou, no seu art. 49, que em casos omissos aplicam-se os efeitos relativos ao tombamento – uma mostra de que este último instituto é o norte da proteção cultural no país.

Reconhece-se, portanto, que os efeitos do tombamento podem se estender ao inventário, quando não houver legislação infraconstitucional, seja estadual ou municipal, com intuito de suprir omissão legislativa e lacunas a partir do método da analogia ou da interpretação extensiva.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004;

BUENO, Silveira. **Minidicionário da língua portuguesa**. São Paulo: FTD, 2000;

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2017;

CHICARELLI, Milena Abdalla. **O uso da interpretação extensiva, análoga e econômica à luz do direito positivo**. JusBrasil, 2014. Disponível em: <https://miabdalla.jusbrasil.com.br/artigos/144373867/o-uso-da-interpretacao-extensiva-analoga--e-economica-a-luz-do-direito-positivo>. Acesso em: 8 nov. 2018;

CUNHA FILHO, Francisco Humberto; TELLES, Mário Ferreira de Pragmácio. As Formas de Preservação do Patrimônio Cultural Brasileiro face à Constituição Federal de 1988. **O público e o privado**: Revista do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da Universidade Estadual do Ceará (UECE). Fortaleza, n. 10, jul.-dez., p. 143-157, 2007;

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio**: o dicionário da língua portuguesa. Curitiba: Positivo, 2010;

FILHO, Carlos Frederico Marés de Souza. **Bens Culturais e sua Proteção Jurídica**. Curitiba: Juruá, 2005;

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Manual de Direito Civil**. Vol. Único. São Paulo: Saraiva, 2017;

HARET, Florence. Analogia **e Interpretação Extensiva**: apontamentos desses institutos no Direito Tributário brasileiro. Revista da Faculdade de Direito da Universidade São Paulo. São Paulo, v. 105, jan.--dez., p. 991-1006, 2010;

INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL (IPHAN). **Bens inventariados**. Brasília: 2014. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/421>. Acesso em: 5 nov. 2018;

_____. **Inventário nacional de referências culturais**: manual de aplicação. Apresentação de Célia Maria Corsino. Introdução de Antônio Augusto Arantes Neto. Brasília: Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, 2000;

LOURENÇO, Genipaula W. **Tombamento**: Conservação do patrimônio histórico, artístico e cultural. DireitoNet, 2006. Disponível em: < https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3028/Tombamento-Conservacao-do-patrimonio-historico-artistico-e-cultural>. Acesso em: 6 nov. 2018;

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Propriedade de bens culturais obriga o cumprimento de sua função social. **Consultor Jurídico**, 13 maio. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-13/ambiente-juridico-guarda-bens-culturais-obriga--cumprimento-funcao-social>. Acesso em: 6 nov. 2018;

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016;

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. Rio de Janeiro: Forense, 2014;

NABAIS, José Casalta. **Introdução ao Direito do Património Cultural**. Lisboa: Almedina, 2010;

PAIVA, Carlos Magno de Souza. **Direito do Patrimônio Cultural**. Curitiba: Juruá, 2015;

RABELLO, Sonia. **O Estado na preservação dos bens culturais**: o tombamento. Rio de Janeiro: IPHAN, 2009;

RODRIGUES, José Eduardo Ramos. Aspectos polêmicos em torno do patrimônio cultural. In: RODRIGUES, J. E. R; MIRANDA, M. P. de S. **Estudos de direito do patrimônio cultural**. Belo Horizonte: Fórum, 2012;

SANTOS, José Luiz dos. **O que é cultura**. São Paulo: Brasiliense, 1987;

VARINE-BOHAN, Hugues de. **Patrimônio cultural**: experiência internacional. São Paulo: Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, USP e IPHAN, 1974. (Notas de aula: 12.08.1974).

A DESÍDIA DO FUNCIONÁRIO PÚBLICO COMO ATO PASSÍVEL DE AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA SOB O PRISMA DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

Ana Caroline Lima Melo

I INTRODUÇÃO

Este ensaio examina a desídia do agente público quanto ao desempenho das atribuições que lhe são conferidas, o desrespeito aos termos do art. 117, XV, da Lei n° 8.112/90 (Estatuto do Servidor Público) e art. 11, II, da Lei n° 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), como características da ocorrência de ato de improbidade administrativa.

Ademais, assevera-se, ao longo deste estudo, que a violação a algum dos princípios expressos da administração pública, conforme versa os termos do art. 37, *caput*, da Constituição da República Federativa Brasileira – CRFB, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência –, constitui-se um ato de improbidade administrativa, bem como a atuação desidiosa, por infringir o princípio da eficiência.

No que tange a justificativa do presente estudo, pretende-se trazer informações precisas que demonstrem a possibilidade concreta de ser ajuizada Ação Civil Pública – ACP por Improbidade Administrativa pela ocorrência de desídia do agente público, por meio da conexão entre a prática desidiosa e o princípio da eficiência, visando atingir efetivamente o interesse público, objetivando melhora na prestação do serviço

público à coletividade. Tendo em vista não ser de praxe a propositura de ação neste sentido, por não está expressamente redigida na redação norma jurídica tal possibilidade, ignora-se, consequentemente, a permanência desses atos omissivos.

A problemática nasce a partir da seguinte indagação: há possibilidade de um servidor público desidioso ser punido por Improbidade Administrativa? A partir do problema, buscou-se evidenciar questões norteadoras como: é possível considerar que a desídia infringe o princípio da eficiência? Qual medida pode ser adotada pelos órgãos fiscalizadores para coibir a ausência de presteza do funcionário público?

O objetivo geral deste artigo é fazer um levantamento de informações sobre o tema em questão, em razão de ser pouco discutido, apesar de se mostrar presente no cotidiano da Administração Pública. No que se refere aos objetivos específicos, busca-se demonstrar o liame existente entre a violação do princípio constitucional da eficiência e a prática desidiosa, sendo esta a consequência da ausência do dever da eficiência, expondo que tais atos correspondem ao desempenho de ações ímprobas.

Os procedimentos metodológicos utilizados possuem como alicerce a pesquisa bibliográfica, no que tange à busca de informações que embasem o desenvolvimento e fundamento teórico da pesquisa, por meio da utilização de livros e artigos científicos, pesquisa documental de decretos, leis, documentos institucionais, bem como outros materiais, que auxiliaram na construção da base teórica da presente pesquisa.

Além disso, ao longo da presente pesquisa, discutir-se-á os atos de improbidade administrativa, a relevância do princípio da eficiência para a Administração Pública, o vínculo existente entre a prática de atos faltosos e a ausência de ética, o ato desidioso como violação ao princípio da eficiência e a aplicação de punições resultantes de sua inobservância.

II ATOS DE IMPROBIDADE

A Lei nº 8.429/92, conhecida como Lei de Improbidade Administra – LIA, dispõe, em seu teor, sobre sanções advindas da prática de ato de improbidade administrativa, indicando a referida norma modalidades amplas nas quais se configuram as ocorrências destes atos ímprobos, quais sejam: atos de improbidade administrativa que importam em enriqueci-

mento ilícito; que causam prejuízo ao erário; decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário; ou que atentam contra os princípios da administração pública, descritos nos artigos 9º, 10, 10-A e 11, do referido diploma legal, respectivamente.

Cada dispositivo trata, em seu rol de incisos, condutas exemplificativas, que são consideradas como atos de improbidade. A primeira hipótese (art. 9º) descreve o ato ímprobo que gera vantagem econômica indevida em razão do cargo, função, emprego ou atividade nas entidades públicas (enriquecimento ilícito); a segunda (art. 10), trata de ato que resulta em dano ao dinheiro público em virtude de qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades (prejuízo ao erário); a terceira, (art. 10-A) ação ou omissão para conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõe o *caput* e o § 1º do art. 8º-A da Lei Complementar nº 116/03 (concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário); e a quarta hipótese (art. 11) se refere à infração dos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições (atentam contra os princípios da administração pública).

Contudo, como o presente estudo é voltado mais especificamente aos atos que violam os princípios da administração pública, far-se-á, ao longo deste ensaio, uma abordagem mais enfática neste sentido.

Sob a observância desta premissa, importa destacar que o descumprimento principiológico indicado não se limita apenas aos princípios que se apresentam de forma expressa na norma jurídica, dar-se-á relevância também à base principiológica implícita. Observa-se:

> Restará configurada a improbidade administrativa na hipótese de violação a todo e qualquer princípio, expresso ou implícito, aplicável à Administração Pública. Trata-se do reconhecimento do princípio da juridicidade, que impõe a obediência, por parte do administrador público, não apenas das regras formais (legalidade), mas, também, de todos os princípios reconhecidos pela comunidade jurídica (OLIVEIRA, 2017).
>
> Logo, é fundamental que o administrador público desenvolva condutas sob a observância dos ditames legais da própria norma jurí-

> dica em si, porém, devendo dar grau de atenção semelhante aos mandamentos de otimização trazidos na essência dos princípios.

Sob essa ótica, faz-se mister esclarecer que, apesar de o legislador não descrever expressamente, na redação do art. 11 da Lei nº 8.429/92, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, como forma exemplificativa de princípios da administração pública, sabe-se que, caso não cumpridos, poderá ser configurado ato de improbidade administrativa, por serem aqueles princípios basilares elencados no próprio texto constitucional, apontamento este indicado pela própria doutrina. Note:

> Embora a redação do dispositivo não tenha sido a mais apropriada, pois seria de maior rigor ou precisão reiterar os princípios constitucionais basilares que informam a atuação pública elencados no art. 37, caput, da Carta Magna (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), a circunstância de constar dele a expressão violação da legalidade elucida, sem dúvidas, que o preceito compreende a transgressão dos demais princípios constitucionais que instruem, condicionam, limitam e vinculam a atuação dos agentes públicos, posto que, como já afirmado no Capítulo I, por ocasião do exame dos princípios constitucionais da Administração Pública, estes "servem para esclarecer e explicitar o conteúdo do princípio maior ou primário da legalidade" (PAZZAGLINI FILHO, 2018).

Assim, qualquer violação à base principiológica expressa ou implícita pode ensejar em ato de improbidade administrativa, por infração dos termos do art. 11 da Lei nº 8.429/92.

A par disso, desenvolver-se-á, no decorrer desta pesquisa, uma análise mais cautelosa sobre a relevância dos princípios, mais precisamente, o da eficiência, que é alvo do eixo central deste trabalho.

III PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA

O princípio da eficiência foi esculpido e explicitado na Constituição Federal, a partir da Emenda Constitucional n° 19/1998, elencando, em sua

conceituação, algumas características que devem ser observadas e postas em prática pelos servidores, durante o desempenho de suas funções, perante a Administração Pública. Veja-se:

> O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público (DI PIETRO, 2019).

Neste aspecto, avalia-se que, com a implementação deste princípio, foi estabelecido que o gestor público deve, além de respeitar aos demais princípios da administração pública, executar seu ato de ofício com presteza, cuidado e rapidez, zelo, dedicação, objetivando trazer resultados positivos e produtividade para a Administração Pública e, por conseguinte, para a sociedade, que depende diretamente do empenho deste. Neste sentido:

> A eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. Consiste na busca de resultados práticos de produtividade, de economicidade, com a consequente redução de desperdícios do dinheiro público e rendimentos típicos da iniciativa privada, sendo que, nessa situação, o lucro é do povo; quem ganha é o bem comum (MARINELA, 2016).

Dessa forma, os ditames trazidos na essência do princípio da eficiência visam atingir melhora na prestação de serviço em benefício da sociedade como forma de garantia do bem comum.

Sob essa perspectiva, é cediço que, no presente ordenamento jurídico, os princípios possuem grande relevância, uma vez que estes são fontes materiais do direito e contribuem para a propositura de decisões justas e precisas para a solução de casos que surgem.

Além disso, é possível perceber com clareza a importância dos princípios, ao analisar sua conceituação, a partir das lições de Ronald Dworkin. Nota-se:

> Denomino "princípio" um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. Assim, o padrão que estabelece que os acidentes automobilísticos devem ser reduzidos é uma política e o padrão segundo o qual nenhum homem deve beneficiar-se de seus próprios delitos é um princípio (DWORKIN, 2002).

Assim, os princípios são ferramentas de auxílio na tomada de decisões, como forma de garantir que estas sejam proferidas sob uma visão de resguardar maior grau de justiça. No mesmo sentido, elucida Robert Alexy:

> Os princípios são mandamentos de otimização. Como tais, são normas que ordenam que algo seja realizado em máxima medida relativamente às suas possibilidades reais e jurídicas. Isso significa que elas podem ser realizadas em diversos graus e que a medida exigida de sua realização depende não somente das possibilidades reais, mas também das possibilidades jurídicas. As possibilidades jurídicas da realização de um princípio são determinadas não só por regras, como também, essencialmente, por princípios opostos. Isso implica que os princípios sejam suscetíveis e carentes de ponderação. A ponderação é a forma característica da aplicação dos princípios (ALEXY, 2014).

Logo, observa-se o quão importantes são os princípios e, especificamente, o da eficiência, que tem por finalidade a constante busca por resultados benéficos, por parte do gestor em sua atuação profissional.

Em razão dessa relevância, será realizada no decorrer desta pesquisa, a exposição do vínculo que há entre o princípio da eficiência e o ato desidioso, fruto de uma ação que também pode ser considerada como antiética.

IV A PRÁTICA DE ATOS FALTOSOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A ÉTICA

A ausência do cumprimento dos deveres do agente público estabelecidos em lei pode acarretar na ineficiência do funcionário público responsável por administrar ou representar a *res pública*, haja vista que o interesse alheio está sendo colocado sobre seu poder, ocasionando, portanto, uma desídia por parte deste. Veja-se:

> Em sentido corrente, segundo os léxicos, o termo *desídia* significa incúria, negligência, desleixo, descaso, indolência, inércia, preguiça, etc. De efeito, infere-se que procede de modo desidioso o servidor público que desenvolve a sua função com negligência, desleixo e incúria" (COSTA, 2004).

Com isso, é perceptível que esses atos faltosos do funcionário caracterizam-se também como uma ação antiética, quando comparados à negligência ou omissão do funcionário aos interesses da população que necessita de sua prestação de serviço, pois agir de forma ética, sob uma conceituação mais simplificada, é agir de forma correta, justa, buscando o bem comum. Contudo, a ocorrência de atos faltosos, no próprio sentido da palavra, demonstra que algo está sendo deixado de fazer ou algo não está sendo feito da maneira que deveria. Portanto, fazendo com que não seja atingida a finalidade da Administração Pública, qual seja, o interesse público. Observa-se:

> [...] Um agente público que, atropelando fórmulas ético-normativas, consegue obter resultados econômicos favoráveis não será um sujeito eficiente na perspectiva ético institucional aqui defendida. Sob essa perspectiva, pelo contrário, deve-se ter bem presente que os resultados de uma conduta carecem de valorações globais e que, portanto, o dever ético de eficiência funcional não representa somente a ambição por concretos e pragmáticos resultados políticos ou econômicos (SANTOS *apud* OSÓRIO, 2011).

Neste sentido, vislumbra-se que o cumprimento dos princípios não somente é dever do servidor, como a desatenção a este é considerada como

conduta antiética, remetendo à ideia da improbidade, desonestidade, desrespeito, abrindo lacunas à corrupção.

Por este prima, é louvável citar um trecho do REsp nº 1.089.911/PE, de relatoria do Ministro Castro Meira, no qual consta:

> [...] Lei nº 8.429/92 visa a resguardar os princípios da administração pública sob o prisma do combate à corrupção, da imoralidade qualificada e da grave desonestidade funcional, não se coadunando com a punição de meras irregularidades administrativas ou transgressões disciplinares, as quais possuem foro disciplinar adequado para processo e julgamento (REsp nº 1.089.911/PE, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 17.03.2009, DJe de 25.11.2009).

Assim, ao depositar aos agentes o poder parcial sobre a *res publica*, e por meio disso buscar solucionar os anseios dos cidadãos, não se permite que aqueles deixem de cumprir sua função, salvo sob justificativa que vise maiores benefícios à coletividade, tendo em vista que o interesse da maioria deve ser observado, a fim de que seja cumprida a norma legal, por ser a lei instrumento normativo de força vinculante.

V ATO DESIDIOSO COMO VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

As três categorias distintas, dispostas nos artigos 9°, 10, 10-A e 11 da Lei n° 8.429/92, não possuem relação taxativa (*numerus clausus*), e sim, exemplificativa (*numerus apertus*), sendo possível, portanto, a averiguação de outras condutas que podem ser enquadradas como ímprobas. Veja-se:

> Naquelas três primeiras categorias, o legislador optou por referir no *caput* dos dispositivos a conduta genérica configuradora da improbidade e nos diversos incisos as condutas específicas que nada mais são – diga-se a bem verdade – do que situações jurídicas exemplificadoras da conduta genérica estabelecida no *caput*. Portanto, as condutas específicas constituem relação meramente exemplificativa (*numerus apertus*), de onde se infere que inúmeras outras condutas fora da relação podem inserir-se na cabeça do dispositivo (CARVALHO FILHO, 2018).

Posto isso, outras condutas que não estejam expressamente previstas no texto normativo podem ensejar em ato de improbidade. De modo exemplificativo, tem-se a possibilidade de configurar improbidade administrativa por descumprimento dos deveres do servidor público, *in verbis*:

> Ação civil pública. Ato de improbidade administrativa. Prefeito que reiteradamente deixou de atender as requisições do Ministério Público. **Descumprimento dos deveres funcionais. Configuração de ato de improbidade administrativa descrito no artigo 11 da Lei nº 8.429/92** Procedência da ação por fundamento diverso Recurso parcialmente provido (TJ-SP - APL: 00311915720108260602 SP 0031191-57.2010.8.26.0602, Relator: Renato Delbianco, Data de Julgamento: 05/02/2013, 2ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 05/02/2013, grifo nosso).

Logo, a prática desidiosa, conforme já conceituada e mencionada, pode caracterizar-se um ato de improbidade administrativa por desrespeito ao princípio da eficiência (art. 11 da Lei nº 8.429/92). Entretanto, há alguns requisitos a serem observados para caracterizar tal ato, um deles é a prática reiterada de atos faltosos.

Sendo assim, ao se deparar com a prática reiterada de atos faltosos que demonstrem a desídia do agente público, é possível o ajuizamento da alusiva ação, uma vez que a desídia e a eficiência possuem em suas conceituações ideias antagônicas, algo que é facilmente perceptível, pois, quando se observa que o servidor público age reiteradas vezes de forma desidiosa, haverá como resultado a infringência ao princípio constitucional da eficiência e, por conseguinte, haverá a prática de ato de improbidade administrativa.

Aliás, não será necessário demonstrar a intenção específica do agente em realizar a conduta que viola os princípios, pois a prática reiterada de atos faltosos evidencia que o servidor tem ciência inescusável de sua conduta negligente.

Por esse ângulo, vale enfatizar a decisão do Superior Tribunal de Justiça – STJ:

> O elemento subjetivo necessário à configuração de improbidade administrativa previsto pelo art. 11 da Lei 8.429/1992 é o dolo eventual ou genérico de realizar conduta que atente contra os princípios da Administração Pública, não se exigindo a presença de intenção específica, pois a atuação deliberada em desrespeito às normas legais, cujo desconhecimento é inescusável, evidencia a presença do dolo (...) (AgRg no REsp 1230039/MG, Agravo Regimental No Recurso Especial:2010/0224102-0, Relator (a) Ministro Benedito Gonçalves (1142), Órgão Julgador T1 - Primeira Turma, Data do Julgamento 15/12/2011).

Salienta-se, ainda, que o mesmo entendimento quanto à espécie de dolo para tipificação de ato de improbidade administrativa foi esculpido na edição da Súmula nº 94, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF 4, na qual é possível observar que: "A tipificação do ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública, previsto no artigo 11 da Lei nº 8.429/92, exige apenas o dolo genérico, consistente na vontade de praticar a conduta".

No mesmo sentido, a Corte Superior ratificou o entendimento no sentido de aferir que para fins de subsunção da conduta é necessário identificar apenas a presença do dolo genérico:

> PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. ATO DE IMPROBIDADE. CONVÊNIO. FALTA DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. ELEMENTOS SUFICIENTES PARA CONDENAÇÃO POR ATO DE IMPROBIDADE. ACÓRDÃO EM CONFRONTO COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CASA. DANO IN RE IPSA. DOLO GENÉRICO PRESENTE. RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA.
>
> [...]
>
> XIII - Desse modo, resulta patente o dolo do agente público, ainda que genérico, em relação à prática da conduta ímproba tipificada na Lei de Improbidade como violadora dos princípios da administração pública (LIA, art. 11, VI). Se o convênio fixava prazo para a prestação de contas e o administrador público o desprezou

> por longo tempo, deixando de justificar o emprego dos recursos recebidos, sua conduta caracteriza violação dolosa dos princípios regentes da atividade administrativa. **Para fins de subsunção da conduta, às figuras do art. 11 da LIA, é bastante o dolo genérico. Nesse sentido: REsp n. 1.352.535/RJ, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 19/4/2018, DJe 25/4/2018; REsp n. 1.714.972/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 10/4/2018, DJe 25/5/2018.**
>
> XIV - Caracterizada, assim, a hipótese típica do art. 11, caput e VI, da Lei n. 8.429/92, exatamente como o declarou a juíza prolatora da sentença reformada. Essa a única questão jurídica prequestionada e devolvida a esta Corte Superior.
>
> XV - Correta, portanto, a decisão agravada que deu provimento ao recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Maranhão, reformando o acórdão recorrido e restabelecendo a sentença de primeira instância tal como prolatada.
>
> XVI - Agravo interno improvido (AgInt no AREsp 1327393/MA, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/04/2019, DJe 12/04/2019, grifo nosso).

A par disso, apenas a comprovação do dolo eventual ou genérico é capaz de comprovar a consciência do funcionário em se omitir a executar sua função, não sendo obrigatório atestar a intenção específica deste em afetar o Poder Público.

Ademais, essa afirmação é ratificada também sob um viés metodológico, uma vez que o preceito primário do art. 11, *caput*, da Lei n° 8.429/92, não indica expressões de finalidade como: a fim de, para, para fim, dentre outros que mostram a necessidade do dolo específico, ou seja, de comprovar a intenção específica do agente em violar o preceito primário previsto no dispositivo, *in verbis*:

> Vontade de realizar conduta sem um fim especial, ou seja, a mera vontade de praticar o núcleo da ação típica (o verbo do tipo), sem qualquer finalidade específica. **Nos tipos que não têm elemento subjetivo, isto é, nos quais não consta nenhuma exigên-**

> **cia de finalidade especial (os que não têm expressões como "com o fim de", "para" etc.), é suficiente o dolo genérico**. Exemplo: no tipo do homicídio, basta a simples vontade de matar alguém para que a ação seja típica, pois não é exigida nenhuma finalidade especial do agente (o tipo não tem elemento subjetivo) (CAPEZ, 2011, grifo nosso).

Nessa acepção, importa enfatizar o requisito exigível para constatar a violação aos princípios da Administração Pública:

O pressuposto exigível é somente a vulneração em si dos princípios administrativos. Consequentemente são pressupostos dispensáveis o enriquecimento ilícito e o dano ao erário. A improbidade, portanto, cometida com base art. 11 pode não provocar lesão patrimonial às pessoas mencionadas no art. 1° nem permitir o enriquecimento indevido de agentes e terceiros. É o caso em que o agente retarda a prática de ato de ofício (art. 11, II). Não obstante, essa improbidade pode caracterizar-se como gravíssima, permitindo até mesmo a aplicação das sanções de perda da função pública e de suspensão dos direitos políticos (CARVALHO FILHO, 2018).

> Dessa forma, para caracterização da ação de improbidade por ofensa aos princípios da administração pública, é necessário apenas a infringência em si dos mandamentos elencados pelos próprios princípios, sendo plenamente dispensável enriquecimento ilícito e o dano ao erário, bem como sendo suficiente a constatação do dolo genérico.

Posto isto, diante dos esclarecimento quanto à caracterização do ato desidioso, demonstra-se relevante tecer ponderações sobre as punições acarretadas quanto ao descumprimento dos princípios da administração pública.

VI APLICAÇÃO DE SANÇÕES ADVINDAS POR VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Fora aludida anteriormente a relevância dos princípios e, corroborando este pensar, o legislador, agindo de forma atenta, criou, na norma jurídica, lei que pune e veda a conduta que viola os princípios. Note-se:

> A preocupação do legislador é de ser aplaudida, porquanto coube à doutrina um esforço de décadas para demonstrar a importância dos princípios, sua eficácia e aplicabilidade. Assim, mais do que nunca, atual é a advertência já clássica de Celso Antônio: violar um princípio é muito mais grave do que violar uma norma isolada, porque as consequências do ataque são, sem dúvidas, muito maiores, devido à generalidade e raio de ação dos princípios (SANTOS *apud* FIGUEIREDO, 2011).

Seguindo esta perspectiva e em consonância com a Lei nº 8.429/92, especificamente em seu art. 12, III, compreende-se, com nitidez, as sanções resultantes do atento a princípios da Administração Pública. Veja-se:

> Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:
>
> [...]
>
> III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Dessa forma, percebe-se a gravidade da desobediência aos princípios, uma vez que, ao assemelhar-se a improbidade à corrupção, o legislador pune tais condutas com intuito de evitá-las, cabendo, conforme dispositivo legal, sanção no âmbito penal, civil e administrativo.

Todavia, devem ser observados, como destacado, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade na aplicação da sanção, a fim de que ocorra a individualização da pena, de acordo com o ato praticado, podendo as punições serem proferidas cumulativamente ou não, conforme a interpretação do magistrado. Veja-se:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DOSIMETRIA. SANÇÃO. VIOLAÇÃO DO ACÓRDÃO DE ORIGEM AO ART. 535 DO CPC/1973. OMISSÃO. NULIDADE DO JULGADO. RETORNO DOS AUTOS. NECESSIDADE. HISTÓRICO DA DEMANDA

[...] A tese defensiva, a propósito, apresenta relevância jurídica suficiente para ser objeto de consideração pelo Tribunal de origem, mormente porque **o Superior Tribunal de Justiça reconhece ser facultativa a cumulação das sanções de improbidade, atento aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade**" (REsp 1.324.418/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 25/09/2014). CASO DO PRESENTE RECURSO ESPECIAL. PERSISTÊNCIA DA OMISSÃO 3. **Após a determinação do STJ, seguiu-se novo julgamento dos Aclaratórios, tendo-se limitado o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo a considerar genericamente que "a dosimetria das penas foi adequada ao caso, não ensejando alteração, porquanto aplicadas de forma razoável e proporcionalmente à conduta ímproba**" (fl. 2.318 - REsp 1.721.097/SP), sem fundamentar a conclusão.

[...]

6. **Consoante a jurisprudência do STJ, as penas do art. 12 da Lei 8.429/1992 não são aplicadas necessariamente de forma cumulativa**. Indispensável, portanto, fundamentar o porquê da escolha das penas adotadas, bem como da sua cumulação. Nesse sentido: REsp 1.038.736/MG, DJe 28/4/2011. CONCLUSÃO 7. Recurso Especial provido, determinando-se o retorno dos autos à Corte de origem, para novo julgamento dos Embargos de Declaração, devendo se justificar clara e adequadamente a imposição da cumulação das sanções aplicadas ao caso, e explicitado onde está a gravidade da conduta que motivaria as penalidades impostas ao recorrente, conforme determinado anteriormente no julgamento do Recurso Especial 1.324.418/SP. (REsp 1721097/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/12/2018, DJe 04/02/2019, grifo nosso).

Dessa forma, a aplicação da sanção derivada da prática ímproba será aferida mediante a interpretação do magistrado, que irá ponderar conforme as minuciais do caso fático sobre quais penalidades deverão ser aplicadas, sob a égide da razoabilidade e proporcionalidade.

Sendo assim, caso observados tais requisitos, é necessário que sejam empreendidas diligências, no sentido de buscar sancionar tal conduta ímproba, principalmente no caso em tela, por afronta ao princípio da eficiência, uma vez que a ausência de punição de atos omissos reiterados pode ocasionar a sua permanecia, não demonstrando a força imperativa dos mandamentos principiológicos, pois, se assim não for, estar-se-á diante de uma norma supérflua.

CONDISERAÇÕES FINAIS

Foi perceptível, no decorrer deste estudo, que os atos ímprobos são condutas que o Estado de Direito visa coibir e sancionar, tendo em vista que tal atitude afeta diretamente à Administração Pública e, por conseguinte, o povo.

Por este prisma, foi discutido, no desenvolvimento desta pesquisa, a viabilidade de ser proposta Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa nos casos em que forem detectados a desídia do servidor público, pelo liame existente entre esta conduta e um dos princípios constitucionais. Como a norma jurídica traz apenas um rol exemplificativo, é plenamente viável a adoção da alusiva medida, por estar em consonância com as possibilidades elencadas em lei, em razão de todos os argumentos expostos no transcorrer deste ensaio.

Ademais, mesmo que o "deixar de fazer" ou o "agir de forma desidiosa" possam parecer atitudes simples e perdoáveis, afetam gravemente a coletividade, por violação ao princípio da eficiência, ao desrespeito com o interesse da sociedade, desobediência e afronta a norma constitucional, afastando o agente das regras inerentes a Administração Pública.

Portanto, é notável que tal prática necessita ser sancionada, para evitar o descaso às normas jurídicas, buscando-se um caráter pedagógico da sanção, no intuito de reprimir a ocorrência desse ato ímprobo e corrupto, demonstrando a repudia do Estado e dos Órgãos Públicos incumbidos de fiscalizar tais condutas, com o propósito de garantir efetiva atenção ao bem juridicamente tutelado na ação em comento, isto é, o interesse público.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2014.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Súmula nº 94**. A tipificação do ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública, previsto no artigo 11 da Lei nº 8.429/92, exige apenas o dolo genérico, consistente na vontade de praticar a conduta. Porto Alegre, PR: Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=sumulas_trf4. Acesso em: 19 maio 2019.

_____. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 19 maio 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: Parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

COSTA, José Armando. **Direito administrativo disciplinar**. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad: Nelson Boeira. São Paulo: Martins fontes. 2002

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Método, 2017.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa comentada**: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

SANTOS, Lyts de Jesus. Há improbidade por violação a princípios sem dano ao patrimônio. **Revista da AGU**, Brasília, ano 10, n. 30, out./dez. 2011. Disponível em: https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/142/341. Acesso em: 24 maio 2019.

INGERÊNCIAS AO DEVIDO PROCESSO LEGAL E SUAS REPERCUSSÕES A PARTIR DA OBRA 'EICHMANN EM JERUSALÉM: UM RELATO SOBRE A BANALIDADE DO MAL

Glauco Eduardo Salles dos Santos

Introdução

O binômio tempo-espaço é traço fundamental na diferenciação entre ciências naturais das de índole social. Dele decorre a impossibilidade de reprodução de toda a construção teórica versável sobre fatos ditos 'complexos', interdependentes e de significação própria (DAMATTA, 2012, p. 22). Ao examinar estudos sociais, certo se está da individualidade desta perante o mundo, de modo que, a chamada teoria tridimensional do Direito, ao elencar a tríade fato-valor-norma (REALE, 2009, p. 66), tem a ação do binômio tempo-espaço enquanto pressuposição. Frente as movediças forças ideológicas, econômicas e históricas, a estrutura jurídica é – e se torna – instância de poder essencial às existência e continuidade social.

O fenômeno da globalização, fator característico da pós-modernidade, trouxe consigo nova roupagem aos modos de ser e sentir em sociedade. A ininterrupção e a celeridade dos veículos de informação transformam, para além das relações sociais, o íntimo de cada indivíduo, em especial, ao sentimento de medo perante o futuro. De acordo com o sociólogo

polonês Zygmund Bauman (2008, p. 8), se vive a era da pulverização dos medos, onde tudo é possível, a qualquer instante. Tal atmosfera é fundamental para se adjetivar o medo social enquanto onipresente. Diante deste novo plexo de circunstâncias, a rede Poderes apresenta novas reações, com o fito de manutenção social e da própria governança.

Tais reações, entretanto, extrapolam as fronteiras demarcadas pelas funções predominantes a cada Poder, concentrando, no processo judicial, particular zona de tensão. Em outras palavras, a lide representa ponto de inflexão, guardando resultados paradoxais aos sentimentos de paz ou temor, felicidade ou tristeza, vitória ou derrota sociais. Cientes destas circunstâncias, setores da sociedade utilizam-se de técnicas, artifícios e estratégias (FOUCAULT, 2014, p. 30) a interferir (também) no bojo processual, desequilibrando a relação entre defesa e acusação através de discursos deslegitimadores amplamente veiculados. O julgamento do ex-comandante nazista Adolf Eichmann, em 1961, por judeus, em Jerusalém, após polêmica operação de captura (ou rapto) em Buenos Aires, esboça com fidelidade a complexa estrutura de poderes que circunda o processo judicial, e faz dele etapa fundamental ao porvir de um povo.

Este trabalho tem por fito examinar ecos político-sociais de inversões à delicada superfície do princípio do devido processo legal – ao violar, em especial, os desígnios de paridade – por base dos escritos sobre justiça cunhados por Hannah Arendt, na obra 'Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal'. Para tanto, faz-se uso de perspectiva materialista arqueada por Michel Foucault, descrevendo a relação de permanente instabilidade entre forças e discursos legitimadores, com a finalidade de relacionar interesses setoriais, possibilidades de influência e processo. Em similar esfera, porém, sob viés criminológico, este trabalho foi insculpido por perspectiva materialista crítica, inaugurada por Alessandro Baratta, somada às indizíveis contribuições de Eugênio Raúl Zaffaroni e Cláudio Alberto Gabriel Guimarães.

O relato sobre a banalidade do mal

Em 11 de maio de 1960, cerca de uma década e meia após o final da Segunda Grande Guerra, Roberto Klement, ao retornar para casa após o trabalho, fora surpreendido por agentes do *Mossad*, o Serviço Secreto

Israelita. O conjunto de documentos frios, sua vida pacata num bairro periférico de Buenos Aires e a discrição laboral de mecânico da fábrica Mercedes-Benz não foram disfarce suficiente a despistar sua real identidade: tratava-se, em verdade, de Adolf Eichmann, ex-comandante nazista, ávido pesquisador sobre o sionismo, perito na questão judaica.

Se a operação para captura (ou rapto[1]) de Eichmann fora projetada por anos, em menos de dez dias após a abordagem na vizinhança de San Fernando, já estava em solo judeu, onde, preso, aguardava o aval de um futuro judicial já definido.

A importância do julgamento porvir ganhava tons prenunciais de marco histórico. Para o Procurador-Geral de Israel, o Tribunal de Nuremberg nunca pode fazer justiça ao povo judeu, apenas um julgamento em Jerusalém, montado, inspecionado e certificado pelos judeus, poderia apreciar a coletânea de atrocidades antissemitas cometida pelo regime nazista (ARENDT, 2016, p. 17).

O conjunto de implicações e significados que guardava o julgamento de Eichmann, mobilizou a imprensa mundial a realizar cobertura *incontinenti* do caso. Nessa ocasião, Hannah Arendt[2], em correspondência

---

1 Discute-se acerca das prerrogativas do réu, a impossibilidade de movê-lo de Buenos Aires a Israel, onde cumpriria prisão até o último dia de vida, sem o consentimento deste. Ocorre que, o desejo inflamado de resposta às atrocidades nazistas, fora a justificativa aos olhos do mundo: "Em Israel, como na maioria dos países, uma pessoa que se apresenta na corte é considerada inocente até prova em contrário. Mas no caso Eichmann isso era uma evidente ficção. Se ele não fosse considerado culpado antes de aparecer em Jerusalém, culpado além de toda dúvida, os israelenses jamais teriam ousado, nem desejado, raptá-lo. [...] A captura ilegal de Eichmann podia ser justificada, e foi justificada aos olhos do mundo, tão-somente pelo fato de o resultado do julgamento poder ser seguramente antecipado." (ARENDT, 2016, p. 230-231). Evidencia-se, aqui, Poder e Direito enquanto faces de uma mesma moeda, como descreve Bobbio, em 'O futuro da Democracia' (2000, p. 19).

2 A escolha de Hannah, por parte do corpo editorial não poderia ser mais oportuna: nascida em berço judio, em Linden, província ao sudoeste da Alemanha, dedicou-se à filosofia desde a adolescência, concluindo doutoramento em Berlim, no ano de 1928, aos 25 anos de idade. Fora presa pelo regime hitlerista em 1933, por manifestar-se contrariamente a medidas antissemitas. Logo em seguida, imigrou a Paris, onde permaneceu a cuidar de crianças expatriadas, perdendo a nacionalidade quatro anos mais tarde. Muito ao contrário do que as circunstâncias pretéritas poderiam anunciar, a obra '*Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*', fruto das colunas semanais sobre a cobertura, passa distante de uma peça incriminadora datilografada pelos inexpugnáveis sentimentos de horror e re-

à revista *The New Yorker*, fora destacada ao acompanhamento e à análise do caso.

À corte de exceção, coube o árduo expediente de apreciar as condutas do suposto acusado de desenhar os pormenores da política nazista antissemita, alinhando estratégias para a transferência das riquezas, a formação de guetos, a imigração coletiva, o genocídio, entre outros doze crimes contra o povo judeu.

A *Beth Há'am*, 'Casa do Povo', estrutura que abrigava a Corte de Jerusalém, fora especialmente projetada a tal momento. Os holofotes captavam, ao alto, os três juízes, centralizados, como numa disposição teatral que ratificava sua superioridade moral a decidir o destino do acusado. Este, quase sempre calmo, era mantido enclausurado numa cabine espelhada, cercada por agentes estatais, e disponível aos olhos de todos. A apatia de Eichmann contrastava da inflamada atuação da promotoria e de toda a equipe formada para assistir a acusação, obviamente patrocinada pelo Estado de Israel – neste aspecto, há de se destacar as diárias manifestações exaltadas à imprensa, utilizando-se de expressões hiperbólicas, com o fito de transparecer ao público a monstruosa natureza do réu, somada do endosso de sua atuação por figuras públicas, tal qual, à época, o presidente dos Estados Unidos da América. A frágil defesa, patrocinada por Dr. Servatius, cujas custas também foram arcadas pelo Estado de Israel, pouco pode contar com assistentes. Sua escassez saltava aos olhos, e era corroborada pela ajuda do Réu a localização de trechos em discussão nas dezenas de milhares de páginas do calhamaço processual.

Fatores como a ausência de tradução fiel do hebraico, língua oficial de Israel, ao alemão, idioma do acusado; a ausência de recorte testemunhal, a ponto de mais da metade das sessões realizadas ter sido dedicada a testemunhas de acusação que, em sua maioria, relatavam emocionadamente as agruras do regime nazista, sem indicar possíveis relações com a posição ocupada por Eichmann na estratificação de poder e a realização de políticas antissemitas por parte alemã; e a simbologia da própria posição geográfica, forjavam cenário apropriado a uma espécie de sublimação coletiva através da decisão judicial - ao 'encarnar' o regime nazista, forças opunham sua condenação à catarse pós-guerra.

---

vanchismo, demonstrando a lucidez sobre-humana de reconhecer o mais alto direito ao próprio algoz.

Meses a fio de instrução processual, após o recesso decisório, Eichmann fora condenado à pena capital por doze, dos quinze crimes aos quais fora acusado, com termo inicial das condutas fixado em 1942. O julgamento do recurso de apelação ficara a cargo da Suprema Corte de Israel. A defesa, elegendo argumentos que contestavam da legitimidade do órgão julgador à excludência de culpabilidade por estrito cumprimento de ordens hierárquicas, contudo, fora desconsiderada, e a condenação mantida, elevando-se, ainda, a responsabilidade do réu, face ao seu pérfido empenho em eliminar o povo judeu[3]. Em interstício curiosamente rápido, dois dias após a decisão, Eichmann fora executado.

Ao Primeiro-Ministro de Israel, precisava-se reafirmar o horror vivenciado pelo povo judeu perante o mundo, numa tentativa de desviar qualquer conduta similar ao futuro, e, ainda, fortalecer o elo entre o povo judeu (ARENDT, 2016, p. 20). À Alemanha pós-guerra, o próprio Eichmann, em sede de julgamento, redigira uma carta, na qual alegava sua vontade de ter sua vida retirada para livrar de toda a juventude ariana o complexo fenômeno da culpa hereditária (ARENDT, 2016, p. 264).

O relato sobre a banalidade do mal expõe a público, duplamente, o alcance do poder ideológico em moldar comportamentos e sentimentos: a aceitação do abjeto por grande parte do povo alemão e de alguns países correligionários – como o caso da Romênia – através do arcabouço normativo antissemita e de seu estrito cumprimento, e a complacência mundial em condenar Eichmann pelo conjunto nazista, num grande teatro de força única, movido pela satisfação histórica, negligenciando garantias processuais mínimas ao acusado[4].

---

3 "[...] A ideia da Solução Final jamais teria assumido as formas infernais da pele esfolada e da carne torturada de milhões de judeus sem o zelo fanático e a insaciável sede de sangue do acusado e de seus cúmplices." (SUPREMA CORTE DE ISRAEL *apud* ARENDT, 2016, p.271)

4 Com a devida vênia, colaciona-se trecho sobre o exposto: "Se este fosse um julgamento comum, com o confronto de forças usual entre a acusação e a defesa para levantar os fatos e fazer justiça a ambos os lados, seria possível acionar agora a versão da defesa e descobrir se havia algo de consistente no grotesco relato de Eichmann sobre suas atividades em Viena, e se suas distorções da realidade não poderiam na verdade ser atribuídas a outra coisa que não a hipocrisia de um indivíduo. Eichmann ia ser enforcado por fatos que já estavam esta-

Microfísica do Poder e o caso Eichmann: a construção do método e a apresentação da hipótese

O sistema de conjecturas e refutações, invocado por Popper (2013, p. 37) em seus estudos sobre a filosofia da ciência, para além de retratar a naturalidade do erro e a necessidade da crítica para o aperfeiçoamento, acaba por tornar menos assustador e mais compreensível o fenômeno da reinvenção do método histórico impulsionado por Michel Foucault. Em seus estudos, o filósofo francês destaca a necessidade de se repensar as genealogias, rememorando os trabalhos de Nietzsche para considerar as ideias de proveniência e essência, geralmente associadas à busca pela origem, e refutá-las, pautado em argumentação materialista, invocando a dialética à construção do objeto em estudo no tempo. Dessa maneira, é possível e bem provável que o sentido seja remodelado ao passar das décadas, razão pela qual o estudo sobre um instituto deve abordar as cicatrizes em uma árvore, não se determinando o objeto por seu sentido ou proveniência, mas pelo conjunto de forças que interagem no momento histórico.

Neste sentido, as contribuições concernentes as relações de poder em âmbito capilar possibilitam novos horizontes à abordagem do caso Eichmann. Assim, quando se aborda em 'Vigiar e Punir: nascimento da prisão' as estruturas sociais e econômicas da França entre os séculos XVII e XX, anota-se muito mais que o trespasse de uma economia da pena calcada no suplício em praça pública ao esqueleto de isolamento costurado pela ideia de prisão, mas o trajeto da pena enquanto expressão do poderio do Rei absoluto às funções de monitoramento, disciplina e produtividade de um sistema prisional desenhado por um capitalismo crescente. Noutras palavras, alcança-se a concepção macro-visual através das micro-relações, descritas através de técnicas e táticas de utilização casual de poderes difusos.

Assim, cumpre salientar a existência de dezenas de espectros de verdade, somada a outras dezenas de alicerces teóricos – ou discursos legitimadores, de modo que a construção teórica guarda estreita relação ao sistema dominante vivenciado, e tantos outros mais, pela tangente, percorrem, motivo pelo qual a inversão do discurso, a utilização semiológica,

---

belecidos "além de toda dúvida" muito antes de o julgamento começar, e esses fatos eram conhecidos por todos os estudiosos do regime nazista." (ARENDT, 2016, p. 69)

pode, sem esforço, reverter estrutura de forças e modificar o entendimento social acerca de determinada situação posta ao debate.

Compreende-se assim que, ao estudo do caso Eichmann, se faz necessário enfatizar traços políticos e matizes sociais representados pelo julgamento, a fim de se refletir acerca do comportamento esboçado pelo Estados de Israel e da Alemanha, da imprensa e do corpo jurídico dentro e fora da *Beth Há'am*, destacando as estratagemas discursivas capazes de realinhar os astros processuais, produzindo novas concepções probatórias e, por conseguinte, produzindo diferentes ecos à estrutura social.

Decerto, o estudo das decisões judiciais sob prisma materialista conduz a sérios questionamentos sobre a (ou o grau tolerável de) ingerência dos demais poderes em relação ao processo. Neste ínterim, pinça-se as relações entre processo, democracia e gorvernabilidade, e medo líquido, direito penal simbólico e processo, com o fito de melhor analisar forças externas atuantes sobre as demandas judiciais.

Processo, Democracia e Governabilidade

Em Processo e Democracia, Piero Calamandrei (2017, p. 46-47), eminente processualista italiano, destaca a reviravolta observada da teoria à prática nos tribunais. Quanto a sentença, cravou, em seus germinais escritos, tratar-se de cadeia de silogismos, espécie de raciocínio lógico evidenciado a partir das alegações e das provas colhidas em seio processual. O cotidiano laboral, entretanto, o apresentara novas nuances – disparidades hermenêuticas poderiam tornar o resultado processual diverso, apesar das coincidências entre partes e argumentações. Assim, extrovertidamente, acaba por sugerir o repouso do advogado no brocardo jurídico *habent sua sidera lites*: os processos têm seus astros. Sob este aspecto em prólogo, questiona-se o vácuo entre o silogismo e o acaso processuais, assinalando fatores de desequilíbrio ao princípio do devido processo legal.

Prima facie, insta ressaltar a estreita relação entre processo e democracia. Neste diapasão, a partir de paradigma contratualista, denota-se a doação da menor parte possível da liberdade individual à garantia da existência e continuidade social. Toda e qualquer limitação superior ao mínimo necessário de liberdade, pois, constitui ação ilegítima (BECCARIA, 2015, p. 22). Nessa esteira, o amplo debate social constitui garantia de

participação na construção do arcabouço normativo. Isto posto, sob perspectiva jus-positiva, percebe-se no processo meio hábil à concretização dos direitos e garantias cravados em ordenamento, e todavia, conspurcados, ou seja, percebe-se no processo meio de concretização dos debates firmados à consecução das normas jurídicas, meio de realização do contrato social.

A partir desta premissa, funda-se a necessidade de garantir a isonomia, também, em âmbito processual, ora, qualquer disparidade neste âmbito colocaria em xeque a higidez do sistema democrático. Neste ponto, destaca-se que muitos dos astros ao redor dos quais orbita o processo, vide brocardo jurídico acima exposto, em verdade, não constituem entes invisíveis ou forças extramundanas – em verdade, são fruto de divisões inequânimes na participação processual e, por conseguinte, na formação do resultado da guerra entre forças – sentença. É com o fito de manter livre o processo de tais mazelas que a ideia de devido processo legal passa por constantes revisões. Dessa forma, encara-se o princípio do devido processo legal enquanto cláusula aberta, a ser invocada a todo instante processual, em defesa da paridade entre os litigantes e, sobretudo, em defesa da realização democrática do contrato social.

Para além das repercussões em nível processual, insta ressaltar que desequilíbrios na relação entre partes, culminando na formação da sentença-(pseudo)cooperativa, ecoam sem fronteiras por entre os Poderes, especialmente em julgamentos cuja disseminação midiática gera maiores alcances, granjeando maior interesse populacional. Neste sentido, o conteúdo de uma sentença pode gerar discussões em âmbito legislativo a se afrouxar ou enrijecer o arcabouço normativo quanto ao tema em debate, ao passo em que a condenação do criminoso capital pode restabelecer a fé nas instituições sociais, entre elas, o Judiciário, e angariar maiores números de satisfação ao Executivo.

Tal linha argumentativa sugere nova interpretação às manifestações do Primeiro-Ministro de Israel, Sr. David Ben Gurion, na ocasião em que justificara a 'legítima apreensão' de Eichmann através da necessidade de se "esclarecer às nações do mundo como milhões de pessoas, pelo acaso de serem judias, e um milhão de bebês, pelo acaso de serem bebês judeus, foram mortos pelos nazistas" (ARENDT, 1999, p. 20). Ora, inicialmente, o teor eminentemente emocional das manifestações da acusação, em

tribuna e fora dela, assumem força psicológica aos ouvintes, de igual forma, a divisão díspare do tempo em tribuna – mais de metade das sessões fora dedicada a se ouvir vítimas do regime nazista, testemunhos estes que, poucas vezes, citavam Eichmann – e a mitigação do direito de defesa frente a parca assistência à defesa num processo de volumes monumentais são fatores de desequilíbrio nas possibilidades de se contribuir à formação do veredito judicial. Destarte, há de se considerar o desrespeito a direitos fundamentais processuais do acusado, conspurcando, para além da esfera individual, o pacto democrático que inaugurara o Estado. Por outro lado, ao afirmar que "É preciso que nossa juventude se lembre do que aconteceu com o povo judeu.", e que "Queremos que conheçam os fatos mais trágicos de nossa história" (ARENDT, 1999, p. 20), o Primeiro-Ministro revela o teor político da decisão em questão. A condenação de Eichmann seria um marco à história judaica, fator agregador de seu povo, e renovador de esperanças ao Estado de Israel.

Percebe-se pois, o alcance extraprocessual da condenação capital: movimentando aspectos sociais, econômicos e políticos.

Medo Líquido, Direito Penal Simbólico e Processo

Com a finalidade de examinar o grau de aceitação social quanto a abordagens policiais em ultraje aos direitos e garantias individuais, fora patrocinada pesquisa pela Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS), tendo sido realizada em diversas metrópoles, entre elas a do Rio de Janeiro. O questionário era composto por, basicamente, três perguntas: "[...] a) a Polícia tem o direito de prender jovens que considere suspeitos por seu aspecto físico? b) a polícia temo direito de invadir uma casa sem ordem de busca para perseguir criminosos? c) em alguns casos, justifica-se que a polícia torture os suspeitos para obter informações?" (BRICEÑO LEON *et al*. *apud* GUIMARÃES, 2010, p. 150). Os resultados colhidos demonstraram ampla aceitação ao desrespeito aos direitos e garantias individuais, fundamentando-se na necessidade de punição. Estes dados estarrecedores constituem perfeita representação do aplacador sentimento de medo, vivenciado pelo ser pós-moderno. O sociólogo polonês Zygmunt Bauman representa este sentimento enquanto soma das circunstâncias sociais advindas da globalização, grifando a expan-

são dos veículos de comunicação a uma frequência de atualização nunca antes vista. A ansiedade de toda informação estar ao alcance, dentre as quais, a dos números exponenciais catalogados a título de violência, paralisa o ser quanto ao porvir, caracterizando-se, portanto, enquanto sensação onipresente e irremediável.

O arcabouço normativo não resta imune a estas reverberações. Tal qual a equação grafada por Miguel Reale em seu prospecto de tridimensionalidade jurídica, a norma sofre direta influência dos fatos e valores nutridos em sociedade. Insta ressaltar, neste diapasão, a função ornamental do princípio do *non cliquet*, ou do não-retrocesso, razão pela se observa os fenômenos das crescentes velocidades[5] e da maximização do Direito Penal, conspurcando as diretrizes garantísticas que reservam o *ius puniendi* à *ultima ratio*. Neste contexto, setores da sociedade passam a advogar pela flexibilização de direitos historicamente conquistados a troco da sensação de alívio proporcionada pela punição a qualquer custo. Assim, ganha forma a ideia de Direito Penal Simbólico, estrutura normativa, porém, de função essencialmente psicológica, caracterizada pelo aumento desproporcional e injustificado de condutas tipificadas e sanções correspondentes (MASSON, 2014, p. 11). Para Baratta, o Estado se vale destas circunstâncias para pinçar indivíduos, e assim demonstrar sua presença e eficiência, reforçando a crença social em sua atividade punitiva. Desenha-se, dessa

5 Jesus-Maria Silva Sánchez, professor catedrático da Universidade de Pompeu Fabra, debruçou-se ao exame do que se batizou por 'velocidades do direito penal', com a finalidade de examinar o papel do *ius puniendi* no mundo líquido. Discute, de modo comparativo, o tratamento sancionatório dispendido pelo Estado em âmbito penal, examinando o (des)respeito aos direitos e garantias asseguradas processualmente em sebes nacional e internacional, de acordo com o crime praticado (2011, p. 159). Destaca, pois, dois núcleos essenciais de ilícitos: os puníveis com pena de prisão e os demais, com sanções diversas. Ao primeiro, o Estado dedica atenção às garantias e aos direitos fundamentais de natureza processual, ao passo que ao outro, se observa a maleabilidade deste arcabouço motivada pela menor gravidade da pena e pela celeridade processual (MASSON, 2014, p. 95). Observando o prevalecer do primeiro arquétipo com relação ao segundo, fundamenta a necessidade remodelar tal realidade, na tentativa de distanciar o direito penal de um núcleo normativo cuja sanção primordial seja o aprisionamento do indivíduo (2011, p. 159). Por fim, o discurso se atém à possibilidade de flexibilização dos direitos e garantias fundamentais de índole processual em condutas constantes no núcleo penal – sancionadas, portanto, com restrições à liberdade. Refere-se, pois, a análise acerca da (in)congruência do direito penal do inimigo – ou, terceira velocidade do direito penal – aos preceitos basilares do ideal Estado Democrático de Direito.

forma, a estrutura normativa guiada por mãos com inclinação neoliberal, trêmulas pelo sentimento de medo disseminado: destaca-se, cada vez mais, ao setor privado as atividades de segurança e monitoramento, por razão da insuficiência Estatal quanto a este quesito, ao passo em que se enrijece punições e se flexibiliza garantias processuais – como o princípio da presunção de inocência – num espectro de Direito Penal do Inimigo.

Destarte, mais uma vez, o caso Eichmann ganha nova perspectiva, tendo em vista a repulsa mundial às diretrizes tomadas pelo regime hitlerista. O medo dos horrores vivenciados e o medo do porvir legitimaram posicionamentos que acabaram por romper a delicada paridade essencial ao devido processo legal. Ademais, a tentativa de legitimar a captura de Eichmann constitui, em verdade, tremendo salto processual, quando, ao tempo, sequer havia processo, solicitação judicial, ou permissão para atuação do *Mossad*, o Serviço Secreto Israelita em Buenos Aires. Por tal razão, não parece hiberbólica a afirmação de que Eichmann constituiu exemplo vivo, antes mesmo da construção teórica da Escola de Bonn e das ações terroristas alavancadas no início do século XXI, de tratamento penal diferenciado outro, que não de cidadão, mas, de inimigo.

Considerações Finais

Ao se diferenciar ciências sociais das naturais, aquela acabou por herdar conteúdo cético demasiado, muito possivelmente pelo atavismo característico de sua conceituação ao mundo das divisões. Catalogar fenômenos únicos, irreprodutíveis, com incontáveis causas prováveis e, ao mesmo tempo, tênues e investidas de armaduras aparentemente inquebráveis: examinar forças em sociedade é uma jornada infindável, guardando similaridade ao trabalho de Sísifo. Sob este prisma, arvorar perspectiva conclusiva, pode soar acinte à teoria da ciência. Em virtude deste partidarismo ideológico, assumiu-se a ideia de verificar o objeto restrito – devido processo legal – a partir de influências interiores e exteriores ao processo, advindos ou não das Partes e a possibilidade de tais manifestações ecoarem em lide, desestabilizando o ideal cenário de paridade. Para tanto, utilizou-se de um caso específico, o emblemático julgamento de Eichmann, indagando-se por lente materialista, seja histórica ou criminológica, na tentativa de se elucidar efeitos da pena capital à sociedade e ao Estado.

As adversidades enfrentadas pelo ex-comandante nazista em sede processual em muito se distanciam da deontologia processual. Contudo, as circunstâncias que circundavam todo o trâmite processual – clamor público, ingerência Estatal e diuturnas manifestações à *mass media* – eclipsavam a visualização dos delicados princípios da paridade e da presunção de inocência. Diante de tal venda, conseguiu-se justificar, inclusive em terreno jurídico, o rapto de Eichmann em Buenos Aires, seu transporte à Jerusalém, e seu menor poder de fala frente a um mundo machucado pelas agruras da Segunda Grande Guerra. A plena possibilidade de utilização do direito a realização de fins ilegítimos é uma das considerações latentes ao caso em estudo – Eichmann fora condenado antes de ser julgado. Arguiu-se, então: por quê? E as respostas foram dadas pelo próprio Primeiro-Ministro de Israel: precisava-se enterrar o fantasma nazista que assombrava os judeus, para isso, era necessário fazer 'justiça', uma justiça de judeus para judeus, para que ninguém se esquecesse. Assim, seu rapto, a debilidade da defesa, os depoimentos emocionados e sem qualquer ligação direta ao acusado, a teatralidade acusatória e as manifestações públicas de autoridades tinham uma finalidade: unir judeus, fazê-los acreditar nas instituições sociais. Com a morte de Adolf Eichmann, buscou-se definir o destino de Israel.

Livre de intenções indutivas provenientes do caso ora examinado, considera-se, contudo, a existência de ampla gama de fatores capazes de desestabilizar a delicada teia construída historicamente, a qual denominamos devido processo legal. Reitera-se, ainda, missão do jurista perante o mundo, no intuito de erguer-se contra qualquer artifício desconsiderador de dignidade, inclusive, em âmbito processual.

BIBLIOGRAFIA

ARENDT, Hannah – **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

BARATTA, Alessandro – **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. 6ª ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2011.

BAUMAN, Zygmunt - **Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos**; tradução, Carlos Alberto Medeiros – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.

_____ – **Medo líquido**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

BOBBIO, Norberto – A era dos direitos. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____ – O futuro da democracia: Uma defesa das regras do jogo. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes - Direito Constitucional. 7.ª Edição, Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CALAMANDREI, Piero – Processo e Democracia: conferências realizadas na Faculdade de Direito da Universidade Autônoma do México. Trad. Mauro Fonseca Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

CHRISTIE, Nils – Uma razoável quantidade de crime. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2011.

DAMATTA, Roberto. Relativizando: uma introdução à antropologia social. Rio de Janeiro: Rocco, 2010.

FERRAZ JÚNIOR, *Tercio Sampaio* - ***Introdução ao estudo do direito*** : técnica, decisão, dominação. 4. ed. - São Paulo: Atlas, 2003.

FOUCAULT, Michel – **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Tradução: Raquel Ramalhete. 42. Ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

_____– **Microfísica do Poder**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2017.

GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel – Constituição, Ministério Público e Direito Penal: A defesa do Estado Democrático de Direito em âmbito punitivo. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2010.

HEIDEGGER, Martin – Ser e tempo. 15ª Edição. Editora Vozes: São Paulo. 2005.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. Direito Penal do Inimigo: Noções Críticas. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

KELSEN, Hans – Teoria Geral do Direito e do Estado. 6ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LASSALE, Ferdinand – A essência da Constituição. 6.ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2001.

LENZA, Pedro – Direito Constitucional Esquematizado. 18ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de – Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 2ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2002.

POPPER, *Karl* Raimund – A ***lógica da pesquisa científica***. 2. ed. São Paulo: Cultrix, 2013.

PRATES, Tatiana Maria Oliveira – **Processo e Democracia – apontamentos acerca da intrínseca relação com o instituto da cidadania no Estado Democrático do Direito**. [Em linha] Consult. 18 de Out. de 2017. Disponível em http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33356-42694-1-PB.pdf

REALE, Miguel – Lições Preliminares de Direito. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RIBEIRO, Darci Guimarães; SCALABRIN, Felipe – **O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa**. [Em linha] Consult. 15 de Out. de 2017. Disponível em http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/4098.

ROUSSEAU. Jean Jacques – **O Contrato Social**. Martin Claret. São Paulo. 3ª Edição. 2011.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva – **La expansion del derecho penal: aspectos de la politica criminal em las sociedades postindustriales**. [Em linha]. Consult. 15 Set. 2019. Disponível em http://www.ues.flakepress.com/Otros%20libros/Derecho/LA_EXPANSION_DEL_DERECHO_PENAL_-_silva_sanchez__jes_s_m_-.pdf

TELLES JÚNIOR, Goffredo – O Direito quântico: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica. São Paulo: Max Limonad, 1971.

PROCESSO COMO MICROCOSMO DE MÉTODO CIENTÍFICO: ANÁLISE EPISTEMOLÓGICA DA (IN) ADMISSIBILIDADE DE PSICOGRAFIAS ENQUANTO MEIO DE PROVA

Glauco Eduardo Salles dos Santos

1. Introdução

O gradual movimento de separação entre Estado e Igreja revela movimento de restruturação da rede de relações político-econômicas das sociedades, tendo no discurso científico a fundamentação mais latente, de forma que o aprimoramento de um método a se alcançar a verdade, alheio a textos sagrados e a intérpretes institucionalizados, deu azo a reformulação dos espaços políticos ocupados pelo rei, pelas igreja, nobreza e burguesia. O questionamento do mito pela escola socrática, renasce ao século XVI, culminando na involução do *Ancien Régime*.

Cumpre afirmar que tal mudança de paradigmas não passa despercebida pelo conjunto de regras a garantir a paz social, ora, ao mesmo tempo em que normas podem garantir o gozo da liberdade ao tutelar reconhecimento de direitos fundamentais, seu anacronismo o cerceia, acarreta em manifestações de ofensa, insatisfação e desobediência civil.

Dessa forma, a gradual transferência do ônus epistêmico da instituição social (Igreja) ao sujeito (cientista) revoluciona os métodos de busca pela verdade processual, ora, repassou-se 'método de determinação do passado' das mãos das implicações divinas ou naturais, e por assim, in-

questionáveis, em que o sujeito figurava em polo passivo na construção da prova (ordália), à investigação de elementos que transportassem ao passado através de linha de raciocínio calcada em elementos da lógica, premissas questionáveis, serviria de arrimo à busca pelo conhecimento, ocupando, assim, o sujeito, posição ativa na construção da prova.

Assim, construiu-se terreno fértil ao conhecimento científico, rodeado de discursos legitimadores, desacreditando toda e qualquer construção diversa.

Bem por isso, a reação natural de se estudar, em âmbito acadêmico, sobre a (im)possibilidade de se utilizar psicografias (formas de comunicação que, segundo a doutrina espírita, constituem verdadeiro testemunho ditado ou escrito por elementos de natureza inteligente, inalcançados por nossos sentidos corpóreos, denominados espíritos) frente aos princípios do devido processo legal, do livre convencimento motivado e da íntima convicção em relação a prova, seja o receio de reaproximação entre Estado e religião, em detrimento da ciência.

É bem sabido que a não-aceitação pela comunidade das implicações da pesquisa não a torna menos verdadeira, mas, apenas revela o caráter convencional do que se toma por verdade, a partir dos métodos (igualmente convencionados) pela busca da mesma. Ora, a impugnação dos estudos de Galileu sobre o heliocentrismo não os torna menos verdadeiros, apenas nos revela a existência de estrutura firme o suficiente a negar tais inferências – reforça-se que, ao caso, a aceitação de tais afirmações colocaria em risco a plataforma político-econômica do século XVI. Dessa forma, este trabalho não tem por guia o terreno metafísico do princípio da verdade real, repousando, portanto, não na natureza do conteúdo, mas no método de alcance do objeto – em caso, nas comunicações psicográficas. Tal decisão, parece a mais condizente às limitações das faculdades humanas e ao respeito às crenças.

No intuito de melhor esclarecer o tema, decompôs-se o presente artigo em 4 etapas. Na primeira, procura-se mergulhar no objeto de estudo, descrevendo a doutrina espírita através de seus livros basilares – o pentateuco kardecista, dando ênfase ao método de construção da dita ciência, até chegar à descrição das psicografias. Pensa-se que não se poderia tomar outro posicionamento, tendo em vista a ideia de imersão no objeto para melhor descrevê-lo (DAMATTA, 2012, p. 22). Posteriormente, se traba-

lha o conceito de ser-no-tempo e suas implicações às ciências de cunho social, entre as quais, o Direito, influenciando, portanto, as acepções de *standards* de prova a partir do paradigma tridimensional realiano. Num terceiro momento, relaciona-se as ideias de Processo e Democracia, aliadas às de Ciência e Resultados, para examinar convenções científicas e reformulação processual com o fito de se garantir resultados menos errôneos quanto possível. Por fim, opera-se em conjunto os estudos de Popper, em sede de teoria da ciência, a escritos de Epistemologia Jurídica, em especial, a necessidade de se estabelecer estruturas probatórias mais concretas quanto possível, equacionando ao edifício do devido processo legal frente ao fenômeno psicográfico.

Espera-se que estes escritos possam somar à importância de verificação do método de busca pela verdade a ser ou não referendado em âmbito processual.

2. Espiritismo, psicografia e método

Nascido em Lyon, França, ao ano de 1804, Hippolyte Léon Denizard Rivail, responsável pela codificação do chamado pentateuco espírita – donde se encontra os basilares para o entendimento da doutrina, granjeou especial notoriedade em solo brasileiro a partir de seu pseudônimo: Allan Kardec.

O início dos seus estudos se deu ainda em terra natal, contudo, o berço aristocrático no qual nascera – família tradicional, composta por magistrados e professores numa sociedade em que mais da metade da população era formada por analfabetos (JOHANSSON *apud* CANDÉIS e SIMÕES, 1999, p. 168) – o permitira continuá-los junto ao eminente pedagogo Johann Heinrich Pestalozzi, na Suíça. O método empírico-intuitivo com o qual convivera influenciou demasiadamente a construção da epistemologia espírita, em verdade, os princípios de afeto, escala e progressão, defendidos por Pestalozzi, coincidem aos princípios de amor, escala e progressão espiritual, contidos no pentateuco kardecista.

Após essa série de estudos, retorna a França, dessa vez, a Paris, onde destaca-se em âmbito docente, dedicando-se às letras e à teoria da ciência.

Já consolidado junto a comunidade pedagógica, em 1854, seu apanágio científico fora despertado, mais uma vez: tratava-se do fenômeno

batizado por 'mesas girantes'. Consistia numa multiplicidade de ocorrências que não se resumiam ao movimento circular de mesas, abrangendo, ainda, diversas formas de movimentação de objetos inanimados, incluindo móveis, pequenos materiais de escritório e oscilações à rede elétrica. Rivail, assim, encaminhou-se a alguns desses locais em que se realizava reuniões para observação das atividades ora descritas. A contínua verificação empírica desses fenômenos físicos, em lugares diferentes, dera causa à indagação: haveria uma força inteligente por trás dessas manifestações? Movidos por este questionamento, desenvolveu-se meios de tentar estabelecer comunicação – dentre estes, pode-se citar o germinal uso das batidas em móveis e oscilação de luzes para obtenção de respostas positivas ou negativas, seguido da utilização de alfabetos para a construção de frases.

Em O Livro dos Médiuns, Rivail, já a partir de seu pseudônimo, descreve tal ordem de acontecimentos, destacando a posterior utilização de uma caneta acoplada a uma cesta, apoiada a mão de uma pessoa presente à reunião o resultado seria a movimentação da mesma, redigindo palavras em ordem inteligível. Assim surge o fenômeno da psicografia, definido em âmbito espírita enquanto modo de comunicação entre mundo espiritual e mundo material através da interação de um espírito às mãos ou junto à consciência de um intermediário dotado de certa sensibilidade, denominado médium (KARDEC, 2005, p. 234). Neste ínterim, destaca-se, segundo os próprios escritos kardecistas, a existência de diferentes graus de influência na escrita mediúnica, podendo ser, assim: transmitida a ideia ao intermediário, que, posteriormente, toma nota, ou, decalcada pelo próprio espírito, fazendo uso das mãos do médium (KARDEC, 2005, p. 255-261).

A partir de tais observações, Rivail passou a compilar série de respostas dada pela(s) inteligência(s) extra-material(ais) às indagações dirigidas em reuniões, realizando-as continuamente, em diversos países, a título de se elucidar a compatibilidade entre o teor das comunicações. Assim, destaca-se a vertente essencialmente empírica do método utilizado ao alcance do conhecimento, ao passo em que o conteúdo abordado enfatizava a limitação das faculdades humanas à verdade e a existência de ideias inatas, advindas de vidas anteriores. Da série de anotações, surgem os livros do pentateuco, os quais definem a doutrina espírita enquanto tríade: filosofia, ciência e religião, a medida em que é caracterizada como busca pela

verdade, através de método racional-intuitivo, (re)ligando o humano ao mundo espiritual através dos ensinamentos colhidos.

Atualmente, no Brasil, a doutrina espírita conta com mais de 3,8 milhões de adeptos declarados, tendo crescido mais de 65% entre os anos de 2000 e 2010 (IBGE, 2010), tornando este o país em que sua presença denota maior expressividade. Neste seio, destacam-se experiências pessoais que corroboram os escritos kardecistas, mais notadamente, em virtude do caráter emocional, série de compatibilidades entre cartas psicografadas, comportamento e vida do *de cujus*.

O extremo grau de organização das compilações inaugurais revela forte influência da metodologia pedagógica lecionada por Pestalozzi, destacando-se o método intuitivo de natureza empírica. Resta, todavia, verificar a validação dos métodos científico e epistêmico perante os estudos desenvolvidos em âmbito da filosofia da ciência, apoiados das críticas concernentes ao ceticismo e ao método indutivo. Ressalta-se, respeitosamente, o caminhar científico de aperfeiçoamento dos meios de busca pela verdade – e que, para além de degraus cartesianos (DESCARTES, 2001, p. 30-31), a não verificação de um método tido por científico pode reverberar limitações temporais[6], de modo que estes escritos não têm por finalidade invalidar lições contidas na respectiva doutrina, mas, apenas, examinar a compatibilidade de tal vertente epistêmica à constituição da prova em âmbito penal.

3. *Standards* de prova no tempo

É possível identificar caractere similar às obras de Michel Foucault: a abordagem metodológica marcadamente materialista. Confessa, inclusive, sua corriqueira associação à ideologia marxista, evidenciando, contudo, diferente construção às super e infraestrutura, associando o arcabouço social a um tecido, no qual cada ponto seria traçado por diferentes linhas,

6 Em sua introdução ao Livro dos Espíritos, Allan Kardec descreve a resistência da comunidade científica quanto aos fenômenos das mesas girantes e à comunicação inteligível por vias extra-materiais. Num misto de sensatez e esperança, relata a impermanência das crenças científicas, analisando ser possível algo verdadeiro, ser tido como falso, por escassez dos meios de verificabilidade, nada impedindo, contudo, deste enunciado ser convalidado em momento posterior (2003, p. 38).

formando superfície irregular e tensa. Diante de tais circunstâncias, estudos epistemológicos passam a demandar contextualização das forças sociais, sendo "preciso pensar os problemas políticos [...] não em termos de ciência/ideologia, mas em termos de "verdade/poder" (FOUCAULT, 2017, p. 53).

O filósofo francês inicia a obra 'Vigiar e Punir: nascimento da prisão' através da descrição do suplício investido contra Damiens, acusado de parricídio e condenado em 1757 ao esquartejamento (FOUCAULT, 2014, p. 9). A pena deveria ser cumprida em praça pública, aos olhos da população, através da força motriz de cavalos ligados aos braços e às pernas. Longe de um sincero manifesto pelas acepções de justiça acatadas pela sociedade, tal economia da pena revela no suplício a reafirmação pública do Poder do Soberano, numa França absolutista[7]. A fim de reafirmar tal discurso, opera-se a gênese e reprodução de variados outros, por instituições sociais, intelectuais e pela própria máquina Estatal.

Utilizou-se, à apreciação do caso Damiens, sistema probatório particular, formado a partir de reminiscências de *standards* característicos do feudalismo: a associação entre provas legítimas, provas artificiais e indícios artificiais compunha a denominada aritmética da pena. Esta, vigia num modelo inquisitório, havendo concentração dos deveres acusatórios e defensivos à mesma figura responsável pelo julgamento do acusado. Pois bem, a partir de tal matemática, seria possível aferir a possibilidade ou não da realização de espécie de tortura judiciária em que "o corpo interrogado no suplício constitui ponto de aplicação do castigo e lugar de extorsão da verdade" (FOUCAULT, 2014, p. 44-45).

A reformulação do arcabouço normativo francês – assim como dos ordenamentos dos demais países ditos erguidos a partir do forte pilar dos Direitos Humanos – coloca em evidência o jogo de forças elencado por Foucault, demarcando, novamente, fronteiras entre as ciências da natureza e as ciências sociais. A complexidade e a irreprodutibilidade destas últimas

7 Destaca o autor: "O suplício tem então uma função jurídico-política. É um cerimonial para reconstituir a soberania lesada por um instante. Ele a restaura manifestando-a em todo o seu brilho. A execução pública, por rápida e cotidiana que seja, se insere em toda a série dos grandes rituais do poder eclipsado e restaurado (coroação, entrada do rei numa cidade conquistada, submissão dos súditos revoltados): por cima do crime que desprezou o soberano, ela exibe aos olhos de todos uma força invencível.". (FOUCAULT, 2014, p. 50)

(DAMATTA, 2012, p. 22) imprime um cenário de mudança *incontinenti*. Assim, demonstra-se compatível ao cenário exposto, a teoria tridimensional realiana, elencando a íntima relação entre fatos, valores e normas (REALE, 2009, p. 66). Tal tríade, com a licença de possíveis pleonasmos, merece o destaque ainda de dois fatores: local e tempo. Destarte, se consegue visualizar as extremas mudanças implementadas em nível jurídico ao passar dos anos, e, igualmente, asserena-se ao examinar ordenamentos jurídicos diversos. Este, sem dúvida, é um dos grandes desafios aos intérpretes: entender que o ser se encontra numa estrutura dotada de tradições, modelos epistêmicos e estruturas de poder singulares, de modo que qualquer tentativa de exame social partindo de premissas exteriores ao objeto, tornam retratam construções viciadas pelo racismo etnológico. Por esta razão, estes escritos optam por analisar sistemas probatórios sem fins valorativos quanto firmados em lugar e tempo diversos, intentando por juízos descritivos, analisar estruturas de poder expressas por via legislativa.

Deste modo, tome-se por exemplo o sistema de Ordálias[8]. Este constitui *standard* de prova de notável influência eclesiástica. Traços diversos, contudo, não se poderia esperar, ora, se tratava sistema jus-positivo imerso em sistema político-econômico medieval, cujo papel da instituição social igreja era essencial a toda e qualquer inferência epistêmica.

Observa-se, hodiernamente, a reformulação dos métodos de alcance da verdade, atribuindo ao papel científico a sacralidade da afirmação do que constitui ou não conhecimento.

4. Processo e Democracia, Ciência(s) e Resultados

Em Processo e Democracia, Piero Calamandrei (2017, p. 46-47), eminente processualista italiano, destaca a reviravolta observada da teoria à prática nos tribunais. Neste diapasão, quanto a sentença, cravou, em seus

8 O Sistema de Ordálias pode ser anunciado enquanto composição de métodos de se inferir a culpa penal do acusado através de verificações advindas da natureza. Constitui exemplo de Ordália a condenação do acusado após este não sobreviver a larga quantia de tempo debaixo d'água, sem respirar, assim como a execução da pena caso neste se verifique queimaduras após o acusado andar por caminho em brasa. A estrutura parte da crença (no enunciado eclesiástico) de que Deus (bíblico) não permitiria a morte ou ferimento de um inocente e injustamente acusado.

germinais escritos, tratar-se de cadeia de silogismos, espécie de raciocínio lógico evidenciado a partir das alegações e das provas colhidas em seio processual. O cotidiano laboral, entretanto, o apresentara novas nuances – disparidades hermenêuticas poderiam tornar o resultado processual diverso, apesar das coincidências entre partes e argumentações. Assim, extrovertidamente, acaba por sugerir o repouso do advogado no brocardo jurídico *habent sua sidera lites*: os processos têm seus astros. Sob este aspecto em prólogo, questiona-se o vácuo entre o silogismo e o acaso processuais, assinalando fatores de desequilíbrio ao princípio do devido processo legal.

Prima facie, insta ressaltar a estreita relação entre processo e democracia. Neste diapasão, a partir de paradigma contratualista, denota-se a doação da menor parte possível da liberdade individual à garantia da existência e continuidade social. Toda e qualquer limitação superior ao mínimo necessário de liberdade, pois, constitui ação ilegítima (BECCARIA, 2015, p. 22). Nessa esteira, o amplo debate social constitui garantia de participação na construção do arcabouço normativo. Isto posto, sob perspectiva jus-positiva, percebe-se no processo meio hábil à concretização dos direitos e garantias cravados em ordenamento, e, todavia, conspurcados, ou seja, percebe-se no processo meio de concretização dos debates firmados à consecução das normas jurídicas, meio de realização do contrato social.

A partir desta premissa, funda-se a necessidade de garantir a isonomia, também, em âmbito processual, ora, qualquer disparidade neste âmbito colocaria em xeque a higidez do sistema democrático. Neste ponto, destaca-se que muitos dos astros ao redor dos quais orbita o processo, vide brocardo jurídico acima exposto, não constituem entes invisíveis ou forças extramundanas – em verdade, são fruto de divisões não equânimes na participação processual e, por conseguinte, na formação do resultado da guerra entre forças – sentença. É com o fito de manter livre o processo de tais mazelas que a ideia de devido processo legal passa por constantes revisões. Dessa forma, encara-se o princípio enquanto cláusula aberta, a ser invocada a todo instante processual, em defesa da paridade entre os litigantes e, sobretudo, em defesa da realização democrática do contrato social.

Por mais de metade de sua vida, René Descartes se dedicou a responder questionamentos sobre a necessidade de se construir metodologia analítico-racional, meditando em descrever cada passo, de cada procedi-

mento, a fim de se alcançar resultados idênticos, quantas vezes fosse passível de repetição. Há de se destacar, evidentemente, a natureza de relato (ou de fábula, como o próprio autor grifa) da obra 'Discurso sobre o Método' (DESCARTES, 2001, p. 7), assim, tais procedimentos adotados, por exemplo, a descrever a anatomia do coração humano (DESCARTES, 2001, p. 54), não conduzem a um método universal, mas, remonta ao entendimento das etapas a se alcançar um entendimento acerca de um problema. Do repouso sobre a ideia de método a se perscrutar a verdade, reformulava-se a estrutura social de crenças, ora, ao início do século XVII, momento germinal das ideias de Descartes, a Igreja encarnava o papel social de instituição portadora dos métodos epistêmicos legitimados, de modo que realizou-se descentralização da busca pela verdade, ao mesmo momento em que houve pulverização da busca aos mais diversos candidatos. Este movimento histórico de democratização do conhecimento, e dos meios de construção do mesmo, destronou a intocabilidade de arraigadas construções de verdade, razão pela qual defende-se haver deslocamento da epistemologia, de uma instituição a um método: hoje, a ciência detém o monopólio de aceitação acerca da verdade.

É, entretanto, na tensa rede de poderes descrita por Michel Foucault (2014, p. 33), que se observa o embate entre inúmeras metodologias a título de busca pelo conhecimento. Deste conflito permanente, poderes políticos ocupam grande força de ingerência às concepções de verdade a se adotar perante/pela sociedade.

Dessa forma, considera-se que o desejo de se instaurar cadeia lógica de silogismos à sentença, com fins de salvaguardar a segurança jurídica da sociedade, esbarra num meio por demais heterogêneo, por demais descontínuo. Assim, a ideia de respeito às normas definidas em contrato social e, em decorrência deste, a defesa das diretrizes formuladas e aceitas pelos representantes do povo, não raro, ocasionam em instabilidades ao sistema jurídico.

Isto posto, entende-se pela investida científica a nível principiológico como abordagem abstrata, porém, ainda assim, a mais segura ao tratamento da prova em âmbito penal, em virtude da porosidade natural ao princípio do devido processo legal e das demais construções metafísicas de deontologia jurídica.

5. Entre Popper, Epistemologia Jurídica, o Devido Processo Legal e as Psicografias

Para Descartes, nenhum objeto pode ser conhecido, senão pela ciência. Nessa empreitada epistemológica, se faz necessária a libertação de premissas acumuladas sem a devida verificação, sapiência a demarcar o objeto e persistência a se alcançar resultados. O entendimento de que os resultados do método científico, não raro, são falsos, seja por problemas na demarcação, seja por questões de aparato técnico ou teórico, ou por limitações naturais, fora absorvido em âmbito processual através do trespasse do princípio de verdade real ao princípio da busca pela verdade. Tal transição remonta a admissão em nível processual: não conseguimos reconstruir o cenário objeto da lide judicial. História e processo estão, um para o outro, como as impressões estão para as ideias, em Hume. 'Tudo pode estar errado': assim se fundamenta o princípio do duplo grau de jurisdição e até sucedâneos recursais como a *querela nullitatis*. O sistema processual precisa estar munido de ferramentas que minimizem, ao máximo, as possibilidades de erros – daí a necessidade de se discutir elementos de prova para que sejam transformados em provas, exercendo contraditório e a ampla defesa através de profissional inscrito nos quadros da advocacia, a partir de forma prescrita e não defesa do tempo e do modo do elemento. Mesmo tomando tais diligências, o processo é passível de erros. Por tal razão, cria-se pilares capazes de minorar tais circunstâncias, a fim de não sobrecarregar as partes processuais e, em última medida, evitar condenação de um inocente. Estas medidas de aperfeiçoamento são naturais à ciência, conforme leciona Karl Popper. A exposição à crítica tem papel de depuração da teoria científica através da verificabilidade e da falseabilidade, repousando sobre este último critério a demarcação do terreno científico (POPPER, 2013, p. 38).

Disso decorre a possibilidade de se analisar o processo, muito além das cortinas semiológicas, abraçando a concepção de microcosmo científico, buscando a verdade através de método insculpido legalmente, onde as partes defenderão teses fundamentadas, a medida em que poderão refutar as contrárias. Reunidas as teses e anti-teses, cabe ao Estado-juiz decidir, fundamentadamente, a trilha argumentativa que mais se aproxima da verdade. Assim, o que se denomina por devido processo legal nada mais é do

que tentativa de modulação de um método científico recorrendo a dialética das partes interessadas. O xadrez argumentativo equivale aos princípios do contraditório e da ampla defesa, a medida em que se pretende permitir a ambas as partes influenciar, a partir das mesmas armas, utilizadas, contudo, de modo diferente, a formação do juízo.

Nesta seara, discute-se a possibilidade de se buscar a verdade através de psicografias. Os defensores de sua admissibilidade advogam tese com especial arrimo no princípio da liberdade probatória, considerando a carta prova documental cuja fidelidade poderia ser constatada por exame grafotécnico. Ora, se prova é tudo aquilo que permite a verificabilidade de um enunciado, por que negar o auxílio de cartas psicografadas cuja verossimilhança pode ser atestada em juízo? Abraçando tal argumentação, por exemplo, não se considerou prova ilícita a utilização de psicografia em Tribunal do Júri[9], pela Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Há, entretanto, alguns pontos de angústia ao método.

Inicialmente, insta ressaltar a margem de influências extra-materiais (ou espirituais) ao intermediário da mensagem (médium), descritas, inclusive, em sede da literatura kardecista. A gradação da influência poderia ocasionar em escrita isenta de ingerências físicas, repassando-se, por apenas, ideias intuídas. Dessa maneira, estudos grafotécnicos podem não ser meio a se aferir a verossimilhança do depoimento ali contido. Mais: como atestar a fiel tradução da ideia aos escritos, quando o juízo indutivo caíra por terra após os esforços de Hume e Popper?

Tais dúvidas nos remetem a ideia de falseabilidade, demarcadora da sebe científica. Se se busca pela verdade através de um método que garanta às partes ampla participação, a utilização de psicografias acaba por causar transtornos a lógica processual, afinal, sua inacessibilidade impede maiores elucidações acerca da fonte, dificultando, por demais, o entendimento e a verificabilidade das alegações, e, por consequência, prejudicando os meios de contradizer tais elementos de prova. A mancha ao dever de cooperação processual e aos princípios do contraditório e da ampla defesa, parecem, por assim, patentes. Há de se colocar, ainda, os obstáculos epistemológicos delegados ao juízo, admitindo-se tal meio de prova: o embaraço não é

9 É o que se depreende da Apelação Crime 70016184012, acórdão da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, julgado em 11/11/2009.

privativo à parte contrária, se alastrando ao processo como um todo, ora, qual seria o critério de valoração das provas pelo Estado-juiz, sendo, uma das teses, inclusive a ele, inacessível?

Repousando sobre os métodos de busca pela verdade, firmados em sede legislativa, com o aval democrático, e com grande ingerência da filosofia da ciência, a fim de se estabelecer segurança às decisões, considera-se as psicografias como meios ilícitos de prova, em razão dos desrespeitos às regras do jogo metodológico anteriormente estabelecido, entre as quais, a clareza e o acesso aos elementos de prova com o fito de realizar amplo entendimento, às partes e ao Estado-juiz, das alegações, possibilitando, por conseguinte, a falseabilidade das teses a partir de anti-teses e, por fim, resultado processual capaz de entender cada manifestação, objetivando alcançar, o mais próximo que se possa, o enunciado de verdade.

6. Considerações Finais

É curioso pensar no papel do intelectual ao decorrer do tempo. Vejamos, por exemplo, Renée Descartes, cuja obra propedêutica fora utilizada neste trabalho a fim de se destacar a necessidade de estabelecer método analítico-racional ao conhecimento da verdade. Entre as divisões do 'Discurso sobre o método', observa-se recorte histórico da ingerência eclesiástica ao conteúdo da verdade, seu desejo e seu temor em publicar a obra 'O mundo', de conteúdo físico sobre verdades que pode alcançar fazendo uso do método, além de um minucioso trabalho de descrição da anatomia cardíaca e do sistema circulatório humano. Ou seja, em uma curta obra, Descartes se debruça sobre história, filosofia da ciência e anatomia humana. Esta perspectiva diversificada é o apanágio do intelectual até meados do século XX, disserta Michel Foucault (2017, p. 48-52), momento em que o conhecimento científico passou a colocar em risco a existência de uma nação, através das descobertas de Oppenheimer.

É possível entender o fenômeno dos grandes sábios de outrora a partir da responsabilidade carregada pela baixa difusão de métodos epistêmicos, de modo que o conhecimento filosófico, na Grécia clássica, tinha obstáculos no poderio econômico, oscilando entre as liberdades que não afetassem mitos essenciais à construção ideológica da polis – a exemplo das acusações de blasfêmia contra Sócrates, por instigar postura crítica a estru-

tura de verdade denominada, atualmente, por mito. Entre tantos fatores, dedicar-se aos estudos, integralmente, sempre soou privilégio de matiz econômico. Assim, ao escasso número de intelectuais coube a panaceia para toda espécie de dúvida.

A democratização de métodos epistêmicos se deve, dentre outros fatores, a estrangulamentos de ordem político-econômica: laicidade e imperialismo travestidos de direito fundamental social. Discursos legitimadores deste pilar impelem ao pesquisador especificidades, métodos seguros, objetos em voga e resultados inovadores. A estrutura educacional pós-moderna ganha desenho a partir destes termos. E assim se consegue afirmar, perante a sociedade, que toda plataforma de conhecimentos que busque a verdade passa, inevitavelmente, pela estrutura científica.

A reformulação da relação entre sujeito e conhecimento trouxe novas perspectivas à prova judicial. Das ordálias, método que elege condições naturais a se determinar a culpa processual, passou-se a estrutura pautada em discursos, discussões e resultado, similar microcosmo de método científico. Tal discurso encontra arrimo na necessidade de se prestar o acesso à justiça de modo mais homogêneo, permitindo previsibilidade aos resultados, à medida em que o processo é meio de concretização do contrato social e pilar democrático.

Diante deste panorama, analisou-se o fenômeno das cartas psicografadas como meio de prova. Pensa-se que não cabe à ciência jurídica lançar juízos sobre a veracidade ou não do conteúdo das comunicações, mesmo porque são variadas as teorias sobre a verdade e inúmeros os meios de se buscá-la. Tomando como paradigma a demarcação científica cravada por Popper, analisou-se as possibilidades de influenciar na concepção da resposta judicial a partir da disponibilidade de meios a se falsear teses contrapostas.

Considerou-se que psicografias, para além de juízos de verdade, não configuram prova lícita, a medida em que causam transtornos à dialética processual, dificultando o cenário de mútuo entendimento de teses, para posterior conflito das mesmas e inferência de um resultado. Tal entropia parece ser sensivelmente elevada, quando se tem por basilares preceitos de extrema abstração como 'íntima convicção' e 'dúvida razoável'.

Nessa esteira, frente a necessidade de se estabelecer resultados científicos mais sólidos, deve a ciência do direito investir em métodos cada

vez mais claros, de ampla participação na formação da prova e, por assim, da sentença cooperativa, repousando sobre a valia dos métodos de redistribuição de erros processuais como hábil meio de reconhecimento das limitações humanas perante a busca pelo conhecimento.

BIBLIOGRAFIA

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. O futuro da democracia: Uma defesa das regras do jogo. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 7.ª Edição, Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CALAMANDREI, Piero. Processo e Democracia: conferências realizadas na Faculdade de Direito da Universidade Autônoma do México. Trad. Mauro Fonseca Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

DAMATTA, Roberto. Relativizando: uma introdução à antropologia social. Rio de Janeiro: Rocco, 2010.

DESCARTES, René. Discurso do método. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. ***Introdução ao estudo do direito*** : técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Tradução: Raquel Ramalhete. 42. Ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

_____. **Microfísica do Poder**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2017.

HEIDEGGER, Martin. Ser e tempo. 15ª Edição. Editora Vozes: São Paulo. 2005.

KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. 6ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LASSALE, Ferdinand. A essência da Constituição. 6.ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2001. ISBN: 85-7387-145-8.

LAUDAN, Larry. ***Truth, error and criminal law***. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 2ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 2ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2002.

POPPER, Karl Raimund – ***A lógica da pesquisa científica***. 2. ed. São Paulo: Cultrix, 2013.

PRATES, Tatiana Maria Oliveira. **Processo e Democracia – apontamentos acerca da intrínseca relação com o instituto da cidadania no Estado Democrático do Direito**. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33356-42694-1-PB.pdf>. Acesso em 18/10/2017.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RIBEIRO, Darci Guimarães; SCALABRIN, Felipe. **O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa**. Disponível em http://<www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/4098>. Acesso em 15/09/2017.

ROUSSEAU. Jean Jacques. **O Contrato Social**. Martin Claret. São Paulo. 3ª Edição. 2011.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. O Direito quântico: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica. São Paulo: Max Limonad, 1971.

THOREAU, Henry David. A Desobediência Civil. São Paulo: Penguim-Companhia das Letras, 1997.

TJ-RS. APELAÇÃO CRIMINAL. Apelação Crime 70016184012. DJ 11/11/2009. Relator: Des. Manuel José Martinez Lucas. Migalhas, 2009. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI97055,11049-TJRS+Mantida+a+absolvicao+de+acusada+que+apresentou+carta>. Acesso em 29/07/2019.

VÁZQUEZ, Carmen. ***Estándares de prueba y prueba científica: ensayos de epistemologia jurídica***. Madrid: Ed. Marcial Pons, 2013.

O CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE: UM ESTUDO COMPARADO ENTRE PORTUGAL E BRASIL

Ricardo Russell Brandão Cavalcanti

1. Introdução

O presente trabalho visa fazer um estudo sobre o controle preventivo de constitucionalidade em Portugal, comparando o mesmo com o modelo brasileiro.

De antemão, frise-se que podemos mencionar quatro classificações do controle de constitucionalidade em Portugal.

A primeira que divide o controle de constitucionalidade em preventivo e sucessivo; a segunda que divide o controle em abstrato e em concreto; a terceira que divide o controle em difuso e concentrado e ainda existe a quarta que divide o controle em por ação ou por omissão.

A primeira divisão se dá em relação ao aspecto temporal, ou seja: se a norma entrou ou não em vigor.

A segunda divisão se dá em relação a possibilidade da análise estar ou não vinculada a um caso concreto.

A terceira divisão se dá a partir do fato do controle ser feito por qualquer órgão jurisdicional ou apenas por uma Corte Constitucional específica.

Por fim, a última divisão se há vício em uma lei existente ou se a inconstitucionalidade é justamente em face a inexistência da omissão na existência da lei.

Existindo, ainda, a possibilidade excepcional de controle misto.

No Brasil as classificações se dão de forma similar ao que acontece em Portugal, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro afirma que o controle de constitucionalidade pode ser feito por duas vias, quais sejam: por via de ação ou por via de exceção.

O controle por via exceção, ou controle difuso, é o feito diante de um caso concreto, o mesmo se dá, segundo as palavras de Paulo Bonavides: *quando, no curso de um pleito judiciário, uma das partes levanta, em defesa de sua causa, a objeção de inconstitucionalidade da lei que se quer aplicar.* (BONAVIDES, 2001, p.272).

Assim, todos os juízes e tribunais têm a possibilidade de avaliar, de forma incidental, a inconstitucionalidade de uma lei. Não podem os mesmos afirmarem no dispositivo da sentença que a norma é inconstitucional, sob pena de invadir a competência do Supremo Tribunal Federal- STF, mas podem fundamentar as suas decisões com base na inconstitucionalidade levanta pelas partes. De modo que os efeitos dessa declaração, apesar de serem *ex tunc*, (ou seja: retroage) só terão validade no caso concreto, tendo efeito entre as partes e não *erga omnes* (para todos), salvo, se, depois de ratificada pelo STF, a referida decisão for encaminhada para o Senado e este último, através de Resolução, estender esses efeitos para todos.

Na atualidade, o STF tem progredido de modo a considerar a existência da chamada objetivação do controle de constitucionalidade, onde, em tese, uma decisão proferida no controle difuso pode ter efeito não apenas entre as partes, porém é um tema que merece uma reflexão mais aprofunda e que foge do objetivo do presente artigo.

Já o controle por via de ação, é o que discute a inconstitucionalidade em tese da norma legal, ou seja, são ações que não discutem um direito subjetivo, não havendo o que se falar em partes, uma vez que tem caráter objetivo, sendo um controle concentrado, pois é realizado apenas pela Suprema Corte Brasileira.

Desse modo, podemos dizer que a análise da constitucionalidade ou inconstitucionalidade das normas no Brasil é complexa ou mista tal como acontece em Portugal.

Ante o exposto, verificaremos que o controle preventivo, inserido na primeira classificação e que será objeto de maior aprofundamento no presente estudo, é ainda concentrado e abstrato (CANOTILHO, 2003, p. 1026).

2. Da importância do controle de constitucionalidade

A existência de órgãos e de critérios para a análise da constitucionalidade de uma lei é questão extremamente relevante, pois, tal como afirma Kelsen, uma norma que contraria a Constituição deve ter sua invalidade decretada, porém enquanto não tiver sua inválida decretada, ela será considerada válida. (KELSEN, 1999, p.188/189).

Por outro lado, o autor austríaco ainda frisa que só quando existe um tribunal para declarar a inconstitucionalidade é que essa decisão pode valer para todos. (KELSEN, 1999, p.188/189) e Alexy lembra que não há o que se falar em invasão da função legislativa pelo Tribunal Constitucional quando ele declara a invalidade de uma lei para proteger um direito fundamental, não havendo um exercício indevido de competência, mas apenas um cumprimento de uma ordem dada pela própria Constituição. (ALEXY, 2008, p.484)

Sendo por esse motivo uma decisão acerca da inconstitucionalidade só tem efeito "erga omnes" (para todos) quando decidida por um tribunal constitucional.

No mais, podemos afirmar que o controle de constitucionalidade só existe em face de um motivo primordial: a supremacia da Constituição, ou seja, um ordenamento jurídico permite o referido controle quando possui uma Constituição rígida.

A rigidez se caracteriza em face do processo para modificação das normas constitucionais ser mais dificultoso do que o processo para alterar os demais dispositivos legais, levando em consideração que as normas constitucionais também são leis, leis de hierarquia superior as demais, de modo que, como afirma José Afonso da Silva, *todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se conformarem com as normas da Constituição Federal.* (SILVA, 2005, p. 46).

Podemos nos utilizar das palavras do mestre pernambucano Pinto Ferreira: *A constituição é uma superlei, com uma força valorativa acima das leis ordinárias* (FERREIRA, 1996, p.421). Acrescentamos as palavras do referido autor que ela é superior a todos os demais tipos legais, como a Lei Complementar no Brasil e a Lei Orgânica em Portugal.

Frise-se, no entanto, que a quem critique que um tribunal possa invalidar uma norma que foi feita por meio de um processo democrático

(NINO, 1994, p.68.69), haja vista que os parlamentares, diferentemente dos juízes na maioria dos Estados, são eleitos pelo povo.

Não concordamos com a crítica acima porque, em verdade, os magistrados, ao realizarem o controle de Constitucionalidade, apenas confrontam a lei com o Texto Constitucional, que, como regra, também é criada por meio de um processo democrático.

Desta feita, quando uma norma infraconstitucional desobedecer aos preceitos de uma Carta Magna, ela, na maioria dos países, será inconstitucional. Essa desobediência pode se dar em três aspectos: aspecto formal, o material e orgânico.

Uma lei será formalmente inconstitucional quando não obedecer ao processo de elaboração determinado pelo Texto Constitucional, como, por exemplo, a necessidade das leis complementares brasileiras serem aprovadas pela maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, assim como acontece com as leis orgânicas portuguesas, que também exigem um quórum de aprovação qualificado.

Por outro lado, uma norma será materialmente inconstitucional quando existir uma colisão entre o conteúdo do novel dispositivo legal com a o Texto Constitucional, como a estipulação da pena de morte sem que esteja dentro de alguma exceção prevista na própria Constituição.

Frisamos o termo "novel" por um simples motivo: entendemos não existir controle de constitucionalidade de normas anteriores à Constituição, uma vez que a avaliação da permanência das leis que antecede uma Constituição é realizada por outro instituto, qual seja, a possibilidade ou não de recepção, ou novação como escreve a doutrina portuguesa (MIRANDA, 2002, p.665), dos seus textos, a depender de estarem materialmente de acordo, ou não, com o atual texto do Pergaminho Máximo.

Por fim, o vício ainda pode ser orgânico, quando a norma é produzida por quem não tenha competência para tal mister, como aconteceria, por exemplo, se um juiz de chão decidisse pela inconstitucionalidade de uma norma no dispositivo de uma sentença e não apenas incidentalmente no processo ou ainda a inconstitucionalidade fosse declarada de forma abstrata por um tribunal que não tivesse essa atribuição.

3. Do objeto da análise de constitucionalidade

Em seu artigo 277 (duzentos e setenta e sete) a Constituição Portuguesa prevê que serão analisadas as constitucionalidades das normas e dos seus princípios.

Alexy divide as normas em regras e princípios, trazendo critérios diferentes quando da existência da colisão entre eles. (ALEXY, 2008, p.70-71).

Entretanto, no que tange a questão da inconstitucionalidade, os princípios não podem, em face de sua abstração, ser o objeto de controle de constitucionalidade. Sendo por isso que a Constituição portuguesa deixa claro que os princípios só serão objeto de controle se positivados.

Já o Brasil vai mais além e permite expressamente também na alínea a, inciso I, artigo 102 (cento e dois), da Constituição da República[10], a inconstitucionalidade dos atos normativos federais.

Acontece que essa última hipótese de controle não existe expressamente em Portugal, porém o Tribunal Constitucional de Portugal por meio de sua jurisprudência alargou esse conceito, permitindo que atos administrativos sejam objetos de controle. (USTÁRROZ, 2007, p.1.)

Desse modo, hoje se entende em Portugal que pode ser declarada a inconstitucionalidade de qualquer norma que esteja em confronto com a Constituição e não apenas as normas parlamentares e governamentais, de modo que pode ser declarada a inconstitucionalidade da lei feita pelo parlamento, dos decretos-leis feitos pelo executivo e dos regulamentos administrativos feitos pelos municípios e demais antes administrativos.

No mais**,** existem mais de um critério para definir a validade de uma norma, no caso do controle de constitucionalidade, o usado é o da hierarquia, uma vez que as normas inferiores são confrontadas com a norma de elevação objetiva maior, que no âmbito estadual é a Constituição. (KELSEN, 1999, p.155)

10Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

4. Do controle preventivo

4.1 Introito

De antemão, se faz importante frisar que o controle preventivo das normas em Portugal é concentrado e abstrato (CANOTILHO, 2003, p. 1026), haja vista o fato de só ser realizado por um tribunal e analisando uma lei em tese, desvinculada de qualquer caso concreto, até mesmo porque a norma ainda não está em vigor.

Assim, o controle preventivo é o realizado antes da norma entrar em vigor e que, diferentemente de outras espécies de controle, só poder feita pelo Tribunal Constitucional, em requerimento, em regra, realizado pelo presidente da República, que pode ser feito dentro do prazo de 8(oito) dias da data da recepção da norma.

Desse modo, mais do que uma análise jurídica da conformidade com o Texto Maior, Canotilho afirma que o controle preventivo teria um viés também político justamente porque não analisa exatamente uma lei e sim a continuidade ou não de um projeto de lei ainda não completamente aprovado (CANOTILHO, 2003, p. 901).

Segundo o artigo 278 (duzentos e setenta e oito) da Constituição Portuguesa, podem ser objeto de controle preventivo: norma constante de tratado internacional, decreto enviado ao presidente para promulgação como lei ou decreto-lei ou acordo internacional cujo decreto de aprovação tenha sido remetido para o presidente para assinatura.

Apesar de, como regra, ser atribuição do presidente enviar a análise para o Tribunal Constitucional, também podem requerer o controle preventivo os representantes da república, porém esses nada mais são do que um "longa manus" do presidente e só o podem fazer em normas regionais.

Além deles, também de forma excepcional, podem requerer o controle preventivo o primeiro-Ministro e um quinto dos Deputados da Assembleia da República no caso de lei orgânica, que são leis que possuem um quórum qualificado de aprovação.

Assim, podemos dizer que, como regra, o controle preventivo em Portugal é realizado a pedido do Presidente da República pelo Tribunal Constitucional.

4.2 Funções do Controle Preventivo

O professor Jorge Miranda afirma que são 3(três) as funções do controle preventivo, quais sejam: 1- afastar as inconstitucionalidades grosseiras 2 – no caso dos tratados, evitar problemas de relações internacionais. 3 – resolver dúvidas sobre a constitucionalidade das leis. (MIRANDA, 2008, p.257).

Em relação à primeira função, em verdade, a função do controle preventivo é afastar toda e qualquer inconstitucionalidade, evitando que uma norma viciada entre em vigor. De qualquer forma, a possibilidade de afastar de plano inconstitucionalidades grosseiras é algo que aumenta a importância do controle prévio.

A segunda função mencionada pelo professor Jorge Miranda é algo que vai poder acontecer a depender do caso concreto. De fato, evitar que um tratado viciado entre em vigor é algo salutar, pois evita uma declaração de inconstitucionalidade feita apenas de forma sucessiva, o que pode gerar situações mais traumáticas. De qualquer forma, não necessariamente uma declaração de inconstitucionalidade pode evitar problemas no âmbito das relações internacionais, pelo contrário, normalmente quando um acordo internacional acaba não sendo incorporado internamente, ainda que em virtude de sua inconstitucionalidade, acaba existindo uma tensão no âmbito internacional.

O que realmente evita problemas de relações internacionais é o cuidado em não celebrar tratados que estejam em desarmonia com o ordenamento jurídico interno do Estado pactuante.

Quanto à terceira função mencionada pelo professor Jorge Miranda, de fato uma lei acaba ganhando uma maior legitimidade quando só entra em vigor após passar pelo crivo do Tribunal Constitucional, gerando uma maior segurança para a população.

Entretanto, urge frisar que, diferentemente do que acontece com a Ação Declaratória de Constitucionalidade no Brasil, cujo provimento gera efetivamente uma presunção de constitucionalidade, o controle preventivo em Portugal não impede que a norma, após entrar em vigor, seja novamente objeto de um controle sucessivo, uma vez que a decisão pela constitucionalidade da norma não faz coisa julgada, podendo a Suprema Corte Portuguesa, diante de novos argumentos, convence-se pela inconstitucionalidade em eventual controle sucessivo.

4.3 Efeitos da inconstitucionalidade no controle preventivo

No caso de uma norma ser declarada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional Português, o presidente deverá, como regra, a vetar, porém, caso ela seja declarada constitucional, o presidente não é obrigado a promulgar, pois pode optar pelo veto político.

Entretanto, ainda que a lei seja declara inconstitucional, ela poderá ser aprovada pelo presidente quando a Assembleia a confirme por maioria de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados efetivamente em atividade.

Ou seja: em um exemplo típico da teoria dos freios e contra pesos (*checks and balances*), a decisão do parlamento pode prevalecer em relação ao decidido pelo Judiciário, o que, no entanto é algo preocupante, pois nesse caso a norma não deixará de ser inconstitucional. De qualquer forma, em face do quórum elevado, é algo difícil de acontecer.

Em se tratando de um tratado, caso ele venha a ser declarado constitucional, o presidente também poderá por decidir ratificar o mesmo ou não, pois a ratificação dos tratados é um ato discricionário/soberano do presidente da república, pois o mesmo é titular do **"jus raepresentationis omnimodoe"**, como afirma o professor Jorge Miranda. (MIRANDA, 1983, p.360)

É possível, no entanto, que órgão responsável por fazer a norma opte pela reformulação da norma declara inconstitucional, o que gera nova possibilidade de se fazer um novo controle preventivo da constitucionalidade. (CANOTILHO, 2003, p. 1031)

4.4 Obrigatoriedade ou faculdade

Existe uma discussão doutrinaria sobre se seria uma obrigatoriedade ou uma faculdade do Presidente da República portuguesa consultar o Tribunal Constitucional por meio do controle preventivo antes da promulgação de uma lei.

Entretanto, na linha do defendido pela maioria da doutrina, entendemos que claramente se trata de uma faculdade. E assim entendemos por dois motivos.

O primeiro deles é que na prática diversas normas são sancionadas sem que haja o controle prévio, até mesmo porque possivelmente a Suprema Corte de Portugal não teria condições humanas e estruturais de fazer o controle preventivo de toda e qualquer norma que chegasse ao presidente.

O segundo motivo é que a ausência do controle preventivo não perpetuará necessariamente uma norma viciada, pois o controle sucessivo poderá ser feito a qualquer momento por um leque maior de legitimados.

Assim, não há o que se falar em uma sujeição automática dos projetos para a apreciação do Tribunal Constitucional. (MIRANDA;MEDEIROS, 2007, p.725), tratando-se de uma faculdade do Presidente da República e dos demais legitimados sem situações excepcionais.

5. Controle preventivo no Brasil

No Brasil, além de controle difuso realizado em concreto, as ações que averiguam a constitucionalidade em tese das normas legais são as seguintes: a Ação Declaratória de Constitucionalidade, a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, Ação Declaratória de Inconstitucionalidade e a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão e também o Mandado de Injunção. (MIRANDA, 2002, p.770).

Essas ações têm efeitos *erga omnes* e, em regra, *ex tunc*, podendo haver a modulação de seus efeitos pelo STF, de modo que, por uma questão de segurança jurídica, os ministros podem, por decisão de 2/3 de seus membros, dar efeitos *ex nunc* a referida decisão, ou determinar que seus efeitos não irão retroagir *ab ovo*, e sim, somente, até determinado período.

Entretanto, diferentemente de Portugal, no Brasil não existe a previsão expressa na Constituição de um controle preventivo.

Acontece que, inobstante a inexistência de expressa previsão no Brasil, a doutrina defende a existência do controle preventivo a ser realizado pelo próprio Poder Legislativo, pelo Poder Executivo e também pelo Poder Judiciário.

No caso do controle feito pelo Poder Legislativo, os projetos de leis brasileiros passam durante a sua feitura por algumas comissões temáticas no Congresso Nacional e, em especial, pela Comissão de Constituição e Justiça – CCJ, que analisa a conformidade do projeto com a Constituição, podendo gerar ao arquivamento do mesmo.

Já o controle feito pelo Poder Executivo se daria por meio do veto jurídico dado pelo Presidente da República. No Brasil, assim como em Portugal, existe a possibilidade do veto político e do veto jurídico. Porém esse último, diferentemente do que acontece Portugal, não passa pelo STF, cabendo ao próprio presidente juntamente com sua assessoria analisar a conformidade do projeto com o ordenamento jurídico brasileiro. Naturalmente, muitas vezes o Presidente da República se utiliza de um argumento jurídico para justificar um veto e não assumir o ônus de um veto político, porém isso é uma questão que foge ao objeto do presente estudo.

Já o controle preventivo realizado pelo Poder Judiciário é uma construção doutrinária e jurisprudencial e se dá por meio do ajuizamento de Mandado de Segurança impetrado pelos próprios parlamentares diretamente no STF com base na existência de vício (formal, material ou orgânico) no projeto de lei e com base no entendimento de que os parlamentarem teriam o direito líquido e certo de se submeterem a um procedimento em conformidade com a Constituição.

6. Críticas e Considerações Finais.

Diante do estudo e da pesquisa feita, lançamos as seguintes possíveis críticas ao controle preventivo de constitucionalidade das normas:

O controle preventivo pode gerar uma politização do controle, de modo que o Presidente da República tenha a possibilidade de só enviar o projeto para o Tribunal Constitucional para não assumir o ônus político do veto ou da sanção?

O Tribunal Constitucional estaria apto para o julgamento já que seus membros, em sua maioria (dez dentre treze), são escolhidos pelo parlamento?

Teria sentido o controle de um instituto (no caso, um projeto de lei) que nem norma ainda o é?

Poderia o controle preventivo atrapalhar um eventual controle sucessivo em face de um pré-conceito do Tribunal Constitucional?

As críticas acima parecem ter algum sentido, tomemos como exemplo a Espanha, onde havia o controle preventivo das normas, porém o mesmo foi suprimido em 1985 (mil novecentos e oitenta e cinco), pois, como afirma a professora Maria Callejon, o referido controle na *práctica*

servió para que la oposicion dilatara la tramitación de proyectos de ley (CALLEJON, 2010, p.304), de modo que atualmente na Espanha existe apenas o controle preventivo dos tratados internacionais.

Por outro lado, frise-se que, assim, como já foi dito, no Brasil não existe expressa previsão do controle preventivo, porém, na prática, ele acaba acontecendo.

Entendemos que o controle preventivo tem a sua importância.

Em relação ao primeiro questionamento, o fato é que: caso a norma seja declarada constitucional, o presidente, ainda que em um segundo momento, deverá assumir o ônus de vetá-la ou sancioná-la.

Quanto à formação política do tribunal, também entendemos que não é motivo para tirar o crédito do controle preventivo, primeiro porque o controle sucessivo concentrado é realizado pelo mesmo tribunal, de modo que o referido argumento iria inviabilizar também esse tipo de controle (MUNGUBA, 2014, p.111), segundo porque os magistrados, após tomarem posse, possuem prerrogativas que os permitem se desvincular de qualquer viés político (MUNGUBA, 2014, p.111) e terceiro porque essa é uma crítica que diz respeito, em verdade, ao critério de seleção dos magistrados e não ao controle preventivo em si.

Quanto ao fato de ainda não se tratar de uma norma, entendemos, em verdade, isso como algo benéfico, pois o controle preventivo acaba podendo vir a impedir o nascedouro de uma norma inconstitucional, sendo algo muito mais benéfico do que deixa-la entrar em vigor ainda que defeituosa.

Por fim, ainda que exista um conceito pré-estabelecido pelo tribunal constitucional ao fazer um controle sucessivo de uma norma que já tinha passado pelo controle preventivo, o referido conceito pode mudar com a própria mudanças dos membros da Corte Suprema no decorrer do tempo e com os próprios fatos e circunstâncias que podem ser outros quando do momento de um eventual controle sucessivo.

Ante o exposto, entendemos que o controle preventivo em Portugal é uma medida salutar e que deve continuar a existir de forma a poder evitar a existência de normas em desconformidade com a Constituição, garantindo uma maior segurança ao cidadão, bem como achamos importante o avanço da doutrina e da jurisprudência brasileira nesse mesmo sentido.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales.** 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2001.

CALLEJÓN, Maria Luisa Balaguer. **El Tribunal Constitucional.** In: Manuel de Derecho Constitucional. 5 ed. Madrid: Tecnos, 2010.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional.** 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**[tradução João Batista Machado) 6ª.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional: introdução à teoria da constituição**. 2ª edição. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 1983.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 2ª edição. Tomo VI. Coimbra: Coimbra Editora, 2008

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada**. Tomo III. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MUNGUBA, Filipe Ferreira. **Controle Preventivo de Constitucionalidade: uma análise comparativa entre os ordenamentos jurídicos brasileiro e português.** Dissertação apresentada durante o 2º ciclo de estudos da Universidade de Coimbra. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2014.

NINO, Carlos Santiago. **Derecho, Moral y Política**. Barcelona: Ariel Derecho, 1994.

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

USTÁRROZ, Elisa. **A fiscalização de constitucionalidade em Portugal**. *In*: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, X, n. 46, out 2007.

DO REDIRECIONAMENTO FISCAL TRIBUTÁRIO EM CASOS DE INCORPORAÇÃO DE EMPRESAS: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E DA JURISPRUDÊNCIA ATUAL

Anna Gabriella Oliveira dos Santos

1. Introdução

No campo do direito societário é habitual a presença de operações societárias, nas quais as sociedades se relacionam entre si, transformando-se, fundindo-se, incorporando outras ou transferindo parcela de seu patrimônio a outras. Nesses casos de transformação, incorporação, fusão e cisão, existem mudanças relevantes na estrutura das sociedades, as quais, por conseguinte, trazem, também, consequências jurídicas relevantes (RAMOS, 2016).

Com a globalização e a expansão da economia mundial, constatou-se que os interesses de aquisições, vendas e parcerias se tornaram cada vez mais frequentes no dia a dia das empresas brasileiras. Essa expansão ocasionou, inclusive, novas estruturas e reorganizações societárias, como é o caso das incorporações de empresas, objeto do presente estudo.

Na incorporação, as empresas visam, sobretudo, aumentar os lucros e a rentabilidade, melhorar as margens e trazer ganhos administrativos,

operacionais e tributários para a empresa incorporadora. Para tanto, buscam obter vantagens fiscais, reduzir gastos e custos, aumentar o capital e a participação de mercado, além de elevar o volume de produção.

Nesse cenário, diante da importância que a incorporação vem adquirindo no território nacional, imperioso se faz analisar a aplicabilidade teórica e prática dos institutos do Redirecionamento Fiscal Tributário e Desconsideração da Personalidade Jurídica nesse caso específico de sucessão empresarial.

Sendo assim, com o intuito de cumprir tal desígnio, buscar-se-á auxílio na jurisprudência e na pesquisa bibliográfica, a fim de promover uma nova abordagem acerca de tais institutos, assim como propiciar uma revisão e reanálise dos julgados predominantemente vigentes no sistema jurídico nacional.

2. Da incorporação de empresas e responsabilidade tributária.

De antemão, antes de adentrar na responsabilidade tributária em si, mister se faz compreender o que se denomina incorporação empresarial, conceito este atrelado ao disposto na Lei nº 6.404/76 (Lei das Sociedades por Ações) e ao disposto no Código Civil pátrio.

De acordo com o *caput* do art. 227 desta Lei, a incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações.

Ainda, pela leitura do §3 do mesmo artigo, observa-se que, aprovados pela assembleia-geral da incorporadora o laudo de avaliação e a incorporação, extingue-se a empresa incorporada, competindo à primeira promover o arquivamento e a publicação dos atos da incorporação.

De maneira similar, o Código Civil de 2002 veio a ratificar o entendimento firmado na Lei das Sociedades por Ações, trazendo, por conseguinte, a redação transcrita a seguir.

> Art. 1.116. Na incorporação, uma ou várias sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações, devendo todas aprová-la, na forma estabelecida para os respectivos tipos.

> Art. 1.118. Aprovados os atos da incorporação, a incorporadora declarará extinta a incorporada, e promoverá a respectiva averbação no registro próprio.

Por sua vez, ressalta-se que a incorporação pode ser entendida como a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações. Neste caso desaparecerá uma das sociedades, a incorporada, permanecendo, porém, com sua pessoa jurídica inalterada à sociedade incorporadora. Esta sucederá à sociedade incorporada em todos direitos e obrigações (MIRANDA, 2008).

À vista disso, é essencial compreender que na incorporação haverá a extinção da sociedade incorporada sem, contudo, surgir uma nova sociedade (RAMOS, 2018). Isso porque a empresa incorporadora continuará com a personalidade jurídica da empresa anterior.

Feitos esses breves esclarecimentos, passa-se agora a analisar a sucessão de débitos tributários a qual, como se sabe, está intrinsecamente vinculada à responsabilidade tributária.

Em sentido estrito, o responsável tributário nada mais é do que o responsável pelo pagamento do tributo após a ocorrência da situação especial descrita no fato gerador. Nesse toar, o responsável tributário trata-se tão somente de sujeito passivo indireto da obrigação tributária o qual, por imposição legal, passa a ser obrigado a responder pelo tributo.

Então, mesmo que não haja vinculação direta e pessoal, para que seja possível a responsabilização tributária, deverá existir a relação de um terceiro com o fato gerador.

A título de conhecimento, o antigo Código de Processo Civil continha disposição, em seu art. 568, na qual podia-se verificar que eram sujeitos passivos na execução tanto o devedor reconhecido no título executivo, quanto o responsável tributário definido em legislação própria.

Destarte, imprescindível se faz evidenciar que apesar da revogação de tal dispositivo, o próprio Código Tributário Nacional se dedica a regulamentar a responsabilidade tributária de maneira específica quando se trata de incorporação empresarial:

> Art. 132. **A pessoa jurídica de direito privado que resultar de** fusão, transformação ou **incorporação** de outra ou em outra

> **é responsável pelos tributos devidos até à data do ato pelas pessoas jurídicas** de direito privado fusionadas, transformadas ou **incorporadas.**
>
> Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se aos casos de extinção de pessoas jurídicas de direito privado, quando a exploração da respectiva atividade seja continuada por qualquer sócio remanescente, ou seu espólio, sob a mesma ou outra razão social, ou sob firma individual.
>
> (Grifos acrescidos)

Pondera-se, desse modo, que esse tipo de responsabilidade tributária resultante de incorporação de empresas constitui, em verdade, uma responsabilidade por sucessão, tendo em vista que uma pessoa jurídica transfere a outra um conjunto de direitos e obrigações, sem que seja necessário que a outra pessoa jurídica prossiga na mesma atividade desempenhada pela primeira.

Portanto, ressalta-se que, em casos de responsabilidade por sucessão, ocorre uma verdadeira alteração do polo passivo, quando já em curso o feito executivo, seja pelo desaparecimento do contribuinte, seja por força de fato novo que implica a modificação da sujeição passiva (ARAUJO, 2011).

3. Do Instituto de Redirecionamento Fiscal Tributário e as teses do STJ para fixação do prazo prescricional quinquenal.

Verificada a comprovação e a confirmação da responsabilidade tributária pela empresa incorporada, dependendo do caso, poder-se-á verificar o redirecionamento do feito executivo para a figura da empresa incorporadora.

O redirecionamento da execução fiscal consiste, substancialmente, na inclusão do sócio administrador da pessoa jurídica no polo passivo da ação, passando este a responder pessoalmente pelos débitos tributários imputados ao devedor originário, ou seja, o responsável originário pelo pagamento do tributo.

Para que haja esse redirecionamento, contudo, deverá ser obedecido o lapso prescricional quinquenal, nos termos do artigo 174 do CTN.

Além disso, o redirecionamento deverá ser utilizado apenas como uma medida extremamente excepcional, qual seja nos casos em que é verificada a impossibilidade de satisfação da dívida pelo devedor principal, a comprovação da prática de atos de gestão com excesso de poderes ou infração da lei, contrato social ou estatuto por diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, além da dissolução irregular da pessoa jurídica.

A respeito da fixação do prazo prescricional de 5 anos, recentemente, foram firmadas 3 teses pelo STJ:

> 1. O prazo de redirecionamento da execução fiscal, fixado em cinco anos, contados da citação da pessoa jurídica, é aplicável quando o referido ato ilícito, previsto no artigo 135, III do CTN, for precedente a esse ato processual.
>
> 2. A citação positiva do sujeito passivo devedor original da obrigação tributária, por si só, não provoca o início do prazo prescricional quando o ato de dissolução irregular for a ela posterior, uma vez que, em tal hipótese, inexistirá, na aludida data (da citação), pretensão contra os sócios-gerentes, o mero inadimplemento da exação não configura ilícito atribuível aos sujeitos de direito descritos no artigo 135 do CTN.
>
> 3. Em qualquer hipótese, a decretação da prescrição para o redirecionamento impõe que seja demonstrada a existência de inércia da Fazenda Pública, no lustro que se seguiu à citação da empresa originalmente devedora (REsp 1.222.444/RS) ou ao ato inequívoco mencionado no item anterior (respectivamente, nos casos de dissolução irregular precedente ou superveniente à citação da empresa), cabendo às instâncias ordinárias o exame dos fatos e provas atinentes à demonstração da prática de atos concretos no sentido da cobrança do crédito tributário no decurso do prazo prescricional (Súmula nº 7/STJ).

Isto posto, constata-se na primeira hipótese que para que o prazo prescricional possua como termo inicial a data da citação da pessoa ju-

rídica, o ato ilícito praticado deverá ter ocorrido em momento anterior a essa citação.

Já na segunda hipótese, quando a dissolução irregular da empresa ocorrer posteriormente à citação da empresa, o termo inicial do prazo prescricional passará a correr da data da prática de ato inequívoco que venha a inviabilizar efetivamente a satisfação do crédito tributário objeto de execução fiscal já ajuizada (DA SILVA, 2015).

Nessa mesma hipótese, o tribunal superior enfatiza que o mero inadimplemento tributário não autoriza o redirecionamento automático da dívida fiscal.

Isso se deve ao fato de que não configura dissolução irregular a possibilidade da empresa não possuir bens para arcar com suas dívidas (DA SILVA, 2015). A respeito desse tema destaca-se a Súmula nº 430 do STJ:

> Súmula 430 STJ: "Inadimplemento da Obrigação Tributária - Responsabilidade Solidária do Sócio-Gerente - **O inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente**".
>
> (Grifos acrescidos)

Em verdade, para que haja a caracterização da dissolução irregular da empresa, é necessário observar o seguinte:

> Súmula 435 STJ: Dissolução Irregular de Empresa - Comunicação a Órgão Competente o Funcionamento de Domicílio Fiscal - Redirecionamento da Execução Fiscal. **Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente.**
>
> (Grifos acrescidos)

Na terceira hipótese, por fim, depreende-se que independentemente do ato ilícito ter ocorrido anteriormente à citação ou que a dissolução irregular lhe seja posterior, deverá ser comprovada a inércia da Fazenda Pública nos 5 anos que se seguem a estes dois eventos.

Por consequência, sem sombra de dúvidas, as 3 teses fixadas pelo Supremo Tribunal devem ser vistas de maneira salutar no ordenamento jurídico brasileiro, visto que trouxeram maior segurança jurídica no âmbito da execução fiscal nacional.

Anteriormente à fixação de tais teses, existiam muitas divergências doutrinárias no que tange ao termo inicial da prescrição em caso de redirecionamento fiscal. Enquanto alguns estudiosos optavam por defender que em qualquer caso de redirecionamento dever-se-ia contar o prazo de 5 anos a partir da citação, outros defendiam veementemente o contrário. Ou seja, dependendo do caso, não se deveria contar o referido prazo a partir da citação.

Embora este tribunal superior tenha se quedado silente quanto a alguns aspectos, como por exemplo, como se dá a contagem quando o ato ilícito não se trata de dissolução irregular e ocorra posteriormente à citação do obrigado originário, entendo que, na prática, o entendimento do STJ veio a consagrar duas hipóteses gerais: 1) ato ilícito ocorrido anteriormente à citação; 2) ato ilícito ocorrido posteriormente à citação.

No primeiro caso, contar-se-ia o prazo prescricional quinquenal a partir da citação, enquanto no outro a partir da prática de ato inequívoco que venha a inviabilizar efetivamente a satisfação do crédito tributário, independentemente do ilícito tratar-se de dissolução irregular ou não.

Assim sendo, apesar dos três posicionamentos firmados pelo STJ terem possibilitado a existência de algumas lacunas em branco, inquestionável é o fato de que eles vieram a pacificar entendimentos outrora conflitantes.

No que concerne especificamente aos casos de incorporação de empresas, por se tratar de prazo prescricional cuja incidência não se limita a nenhum tipo societário, muito menos impõe qualquer restrição em caso de extinção empresarial, perfeitamente cabível se faz a aplicação das teses fixadas nesse caso específico de sucessão empresarial.

4. Do Instituto de Desconsideração da Personalidade Jurídica em casos de Incorporação de Empresas.

Tanto no âmbito nacional quanto no âmbito internacional, é notório que o processo de incorporação de empresas poderá ocorrer para au-

mentar o domínio de um determinado mercado, assim como diminuir os custos de produção da empresa. Além de que não é demasiado destacar que muitas incorporações são feitas com a finalidade de trazer ganhos administrativos, operacionais, tributários e jurídicos para a empresa incorporadora (REIS, 2019).

Nesse sentido, o princípio da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, consagrado no art. 1024 do Código Civil, trouxe, indiscutivelmente, um avanço e incentivo ao empreendedorismo brasileiro, na medida em que os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais da empresa. Inclusive, é indispensável elucidar que o reconhecimento de personalidade às pessoas jurídicas corresponde a uma sanção premial, pela qual o ordenamento jurídico incentiva os particulares a desempenharem atividades econômicas (RAMOS, 2018).

Cumpre trazer à tona, também, o fato de que as pessoas jurídicas devem ser criadas para a persecução dos fins acolhidos pelo direito, devendo, para tanto, manter sua atuação em conformidade a ordem legal vigente.

Desse modo, com o escopo de resguardar o princípio da autonomia patrimonial acima mencionado, bem como evitar seu uso abusivo e deturpado, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica surgiu com respaldo na jurisprudência norte americana, a chamada "Disregard Doctrine", tendo como desígnio proteger o ordenamento jurídico contra fraude a credores e empresários que se utilizam da separação patrimonial como blindagem ao seu patrimônio pessoal.

Por isso, se evidencia que o instituto da desconsideração da personalidade jurídica visa, sobretudo, a sancionar o patrimônio de sócios que hajam em desconformidade com as práticas lícitas do sistema legal vigente.

> A criação teórica da pessoa jurídica foi avanço que permitiu o desenvolvimento da atividade econômica, ensejando a limitação dos riscos do empreendedor ao patrimônio destacado para tal fim. **Abusos no uso da personalidade jurídica justificaram,** em lenta evolução jurisprudencial, posteriormente incorporada ao direito positivo brasileiro, **a tipificação de hipóteses em que se autoriza o levantamento do véu da personalidade jurídica para atingir o patrimônio de sócios que dela dolosamente se prevaleceram para finalidades ilícitas**. **Tratando se de regra**

> **de exceção, de restrição ao princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica,** a interpretação que melhor se coaduna com o art. 50 do Código Civil é a que relega sua aplicação a casos extremos, em que a pessoa jurídica tenha sido instrumento para fins fraudulentos, configurado mediante o desvio da finalidade institucional ou a confusão patrimonial.
>
> (EREsp 1306553/SC, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, julgado em 10/12/2014, DJe 12/12/2014)
>
> (Grifos acrescidos)

Por sua vez, no que tange especificamente à proteção conferida no âmbito do sistema tributário nacional vigente, é importante notabilizar que o art. 135, III do CTN permite a responsabilização pessoal de diretores e sócios à luz da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, também prevista no art. 50 do CC, ambos transcritos a seguir.

> Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de **atos praticados com excesso de poderes** ou infração de lei, contrato social ou estatutos:
>
> III – **os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado**.
>
> (Grifos acrescidos)

> Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Ocorre que, diferentemente do Código Civil que estabelece como parâmetros o desvio de finalidade e a confusão patrimonial, o Código Tributário Nacional trata de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

À vista disso, reitera-se que, consoante o disposto no tópico anterior do presente trabalho, os atos descritos no caput do art. 135 do CTN autorizam o redirecionamento fiscal tributário, além de ensejar a aplicação da Desconsideração da Personalidade Jurídica.

Como já explanado, no que diz respeito ao redirecionamento, este deverá ser utilizado tão somente como medida excepcional, conforme se ressalta em julgado do STJ. Vejamos:

> **TRIBUTÁRIO** E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. SÓCIO. NOME DO CORRESPONSÁVEL NÃO CONSTA NA CDA. DISSOLUÇÃO IRREGULAR.POSSIBILIDADE DE **REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL**. CONCLUSÃO DA CORTE DE ORIGEM. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 1. **A desconsideração da personalidade jurídica, com a consequente invasão no patrimônio dos sócios para fins de satisfação de débitos da empresa, é medida de caráter excepcional, sendo apenas admitida nas hipóteses expressamente previstas no art. 135 do CTN ou nos casos de dissolução irregular da empresa,** que nada mais é que infração à lei. 2. No caso dos autos, a Corte afirmou a ocorrência da dissolução irregular. Logo, rever tal premissa requer, necessariamente, ore exame de fatos e provas, o que é vedado ao STJ por esbarrar no óbice da Súmula 7/STJ. Agravo regimental provido.
>
> (STJ - AgRg no AREsp: 42985 RS 2011/0124717-7, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 21/02/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/03/2013)
>
> (Grifos acrescidos)

Sob essa perspectiva, deve ser frisado que, para que haja a responsabilização pessoal do sócio da empresa, deverá ser verificada a conduta dolosa do agente na gestão da sociedade incorporada, além de se atentar para o fato de que não se pode responsabilizar automaticamente o sócio que agiu em conformidade com o direito, dentro da legalidade, e orientado pela boa-fé.

Ainda, incumbe reforçar que, consoante já delineado anteriormente, caso haja a incorporação empresarial, ocorrerá a extinção da sociedade incorporada, sem, contudo, abrir margem ao surgimento uma nova sociedade, tendo em vista que empresa incorporadora continuará com a sua personalidade jurídica.

Levando isso em consideração, a sociedade incorporadora passa a assumir a personalidade jurídica da incorporada, assim como se torna responsável pelos encargos e tributos a serem adimplidos perante o Fisco.

Ademais, de acordo com a súmula 554 do STJ, é necessário ter em mente que na hipótese de sucessão empresarial, a responsabilidade da sucessora (incorporadora) abrange não apenas os tributos devidos pela sucedida (incorporada), mas também as multas moratórias ou punitivas referentes a fatos geradores ocorridos até a data da sucessão.

Logo, quando determinada pessoa jurídica incorporadora passa a assumir a personalidade jurídica da incorporada, inicia-se a possibilidade dos sócios gestores serem responsabilizados por atos fraudulentos praticados em virtude da administração da empresa incorporada, podendo ser aplicado, desse modo, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

Por fim, advém mencionar que não se deve confundir redirecionamento da execução fiscal com desconsideração da personalidade jurídica. De fato, ambos objetivam punir determinado agente que não age de acordo com a lei e atua com excesso de poderes, porém o redirecionamento da execução pode existir em hipóteses em que não há desconsideração.

5. Da jurisprudência atual.

De início, no que tange à jurisprudência, mister se faz notabilizar que para que haja a instauração do incidente da desconsideração da personalidade jurídica, é imprescindível que sejam observados os princípios do contraditório e da ampla defesa em face dos gerentes e diretores da empresa incorporada.

> **TRIBUTÁRIO**. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. DÍVIDA TRIBUTÁRIA. **INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍ-**

> **DICA**. ARTIGO 133 E SEGUINTES. CPC/2015. DESCABIMENTO. 1. Agravo de Instrumento interposto pela sucessora por **incorporação** de Companhia Brasileira de Multimídia - CBM, em face de decisão que reconheceu a existência de grupo econômico, constituído pelas empresas DOCAS INVESTIMENTOS S.A., CIA BRASILEIRA DE MULTIMÍDIA e JB ON LINE EDITORA (empresas do Grupo JB), deferindo a inclusão das mesmas no polo passivo da execução fiscal, com fulcro nos art. 124, 129 e 133 do CTN. 2. Alega a Agravante que **somente poderia haver a desconsideração da personalidade jurídica da executada mediante o procedimento próprio previsto nos arts. 133 a 137 do NCPC, possibilitando a produção de provas e defesa prévia e ampla, em incidente apartado**. 3. A decisão que inclui a Agravante na Execução Fiscal considerou robustos os indícios acerca da formação de grupo econômico de fato e sucessão tributária ocorrida pela Companhia Brasileira de Multimídia - CBM em relação ao Jornal do Brasil S/A e demais empresas do grupo. 4. **O Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica** (arts. 133/137 do CPC/2015) prevê a instauração autônoma, cabível em todas as fases do processo, que **assegura contraditório prévio aos sócios antes da desconsideração da personalidade jurídica.**
>
> [..]
>
> (62-59.2016.4.02.0000, Relator: MARCUS ABRAHAM, Data de Julgamento: 26/06/2017, 3ª TURMA ESPECIALIZADA)
>
> (Grifos acrescidos)

Salienta-se, entretanto, que esta posição não é unânime na jurisprudência nacional, tendo alguns tribunais fixado o entendimento de que não é necessário considerar tais princípios. Entendimento este que se revela completamente equivocado, uma vez que o Novo Código de Processo Civil preza pelo princípio da não surpresa, assim como pela possibilidade das partes se utilizarem de todos os meios a seu dispor, com o fito de alcançar seus direitos.

Felizmente, percebe-se que a jurisprudência brasileira vem se modificando no sentido de efetivamente cumprir a obediência a tais princípios.

Essa transformação se dá, sobretudo, em razão do advento do código supramencionado.

Além disso, cumpre observar que, no caso de dissolução irregular em incorporação de empresas, prevalece o entendimento de que deverá ser comprovado o respectivo encerramento da empresa mediante apresentação de documentos, sob pena de não se autorizar a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica. Vejamos:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. INCLUSÃO DE SÓCIO NO POLO PASSIVO. **ARTIGO 135 DO CTN. INCORPORAÇÃO DA EXECUTADA**. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR. 1. **O artigo 135, inciso III, do Código Tributário Nacional dispõe que os diretores, gerentes ou representantes das pessoas jurídicas são pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei.** Precedentes do STJ. 2. **A dissolução irregular da sociedade somente autoriza a desconsideração da personalidade jurídica e a conseqüente substituição da responsabilidade tributária, desde que comprovada por documentos que indiquem o encerramento da empresa**. Entendimento desta Sexta Turma.
>
> [...]
>
> (TRF-3 - AI: 22723 SP 2009.03.00.022723-8, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LAZARANO NETO, Data de Julgamento: 20/01/2011, SEXTA TURMA)
>
> (Grifos acrescidos)

Outro apontamento que se faz pertinente ao tema diz respeito à efetiva aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica a qual, por vezes, até mesmo no âmbito do Direito Tributário, é analisada tão somente sob a perspectiva e conceituação do art. 50 do Código Civil.

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. **DIREITO TRIBUTÁRIO**. MEDIDA ACAUTELATÓRIA DE INDISPONIBILI-

DADE. PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO NOME E ENDEREÇO DO PROCURADOR DO AGRAVADO. IRRELEVÂNCIA, POR SE TRATAR DE PROCURADOR DO ESTADO. PRELIMINAR DE VIOLAÇÃO À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. INOCORRÊNCIA. FORTES INDÍCIOS DE FORMAÇÃO DE GRUPO ECONÔMICO E, EM ALGUNS CASOS, OCORRÊNCIA DE **SUCESSÃO EMPRESARIAL, POR MEIO DE INCORPORAÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA**. PRESENÇA DO REQUISITO DO **DESVIO DE FINALIDADE E, TAMBÉM, DE CONFUSÃO PATRIMONIAL.** BALIZAMENTO DA RESPONSABILIDADE PELO VALOR DA EXECUÇÃO FISCAL. ALEGAÇÃO DE IMPENHORABILIDADE. INEXISTÊNCIA DE PROVA. ARTIGO 659, § 2º, DO CPC. FAZENDA PÚBLICA. EXCEPCIONALIDADE DO CASO CONCRETO.

[...]

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica, incorporada ao nosso ordenamento jurídico, tem por escopo alcançar o patrimônio dos sócios e representantes legais que se utilizam da autonomia patrimonial da pessoa jurídica para fins ilícitos, abusivos ou fraudulentos, nos termos do que dispõe o artigo 50, do CC, exigindo, para tanto, a comprovação do desvio de finalidade ou de confusão patrimonial. - No caso concreto, ao que se evidencia dos documentos acostados aos autos, está presente não só o desvio de finalidade operado pela agravante e seus familiares, consistente na blindagem patrimonial da sociedade Mastermind Consultoria e Franchising, e com ela da marca "Trópico" (por meio de cessão da marca), com a concentração do considerável passivo tributário das sociedades Wave, Lenox, Totora, Extreme, Viidy e Surf Brands na sociedade LL Standard, **incorporações, práticas que visaram justamente fraudar o pagamento dos débitos tributários, mas, também, a confusão patrimonial,** porquanto a agravante integrou o grupo econômico por meio da empresa Extreme, além de ao menos aparente-

> mente não ter se desvinculado materialmente do grupo, embora o tenha feito em aspectos formais, de modo que também deve responder pelos débitos tributários, salvo se, posteriormente, a prova até então carreada aos autos restar derruída, o que, até o momento, não ocorreu.
>
> [..]
>
> (TJ-RS - AI: 70064297864 RS, Relator: Marilene Bonzanini, Data de Julgamento: 08/05/2015, Vigésima Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 13/05/2015)
>
> (Grifos acrescidos)

De fato, é necessário delinear que em grande parte da doutrina jurídica brasileira o instituto da desconsideração está intrinsecamente relacionado ao Código Civil e ao Código de Defesa do Consumidor, não se conferindo especial destaque ao Código Tributário Nacional. Isso ocorre, sem sombra de dúvidas, devido à divergência doutrinária no que diz respeito à recepção ou não desse instituto no art. 135, III do CTN.

Contudo, com permissa vênia, não assiste razão aos doutrinadores que defendem a não recepção do instituto, visto que claramente a intenção do legislador consiste em coibir fins ilícitos, abusivos ou fraudulentos praticados pelos sócios e diretores da empresa incorporada, objetivo este que é inerente ao instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

Ademais, outro equívoco que ocorre em alguns julgados concerne à aplicabilidade do art. 135 do CTN como sinônimo de redirecionamento da execução fiscal tributária e aplicação do art. 50 do CC como sinônimo de desconsideração da personalidade jurídica.

> AGRAVANTE: FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DO PARANÁ AGRAVADO: TRANSPARANÁ AGRÍCOLA S/A, NILSON NIVALDO NAVES E LUIZ CARLOS FURLAN RELATOR: DES. RUBENS OLIVEIRA FONTOURA AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - **REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO CONTRA OS SÓCIOS - RESPONSABILIZAÇÃO PESSOAL - AUSÊNCIA DA DEMONSTRAÇÃO DA OCORRÊNCIA**

> **DE ATOS PRATICADOS COM EXCESSO DE PODERES OU INFRAÇÃO DE LEI, CONTRATO SOCIAL OU ESTATUTO - INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 135, DO CTN - INCORPORAÇÃO DA EMPRESA - CONTINUIDADE DA EMPRESA - DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA - ART. 50, CC - INAPLICABILIDADE** - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - CABIMENTO EM EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - MANUTENÇÃO - I - **O redirecionamento da execução ao sócio-gerente, a fim de que seja responsabilizado pessoalmente pelas dívidas tributárias da empresa somente pode ocorrer se comprovada a prática de atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto.** II - **O ato de incorporação, hipótese de sucessão empresarial, a pessoa jurídica não deixa de existir,** pois ao contrário do que se poderia imaginar, não se trata de uma sucessão real, mas unicamente legal. Assim, a pessoa jurídica continua sendo o sujeito passivo que continua existindo total ou parcialmente com outra "roupagem institucional". III - **A responsabilização dos sócios unicamente seria possível se constassem nos quadros sociais como sócios- gerentes ou diretores no momento do vencimento do tributo e que, detendo poderes para o pagamento, deixaram de fazê-lo**. IV - Pelo princípio da causalidade são devidos honorários advocatícios quando da exclusão de algum executado do pólo passivo da relação processual pela via de exceção de pré-executividade.
>
> (TJ-PR - AI: 6705755 PR 0670575-5, Relator: Rubens Oliveira Fontoura, Data de Julgamento: 14/09/2010, 1ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 480)
>
> (Grifos acrescidos)

Novamente, ressalta-se que o instituto da desconsideração da personalidade jurídica foi recepcionado pelo Código Tributário Nacional sob a forma de seu art. 135, III, não se devendo utilizar o art. 50 do Código Civil, portanto, como fundamento para casos de incorporação que tratem de matéria tributária.

Isto posto, tanto nos casos em que a aplicação se limita tão somente à incidência do art. 50 do CC, sem considerar o disposto no Código Tributário, quanto nos casos em que o art. 135, III do CTN é tido como sinônimo de redirecionamento fiscal, sem se observar a figura da desconsideração da personalidade jurídica, o entendimento do respectivo tribunal deverá ser reputado como errôneo.

6. Considerações finais

Como visto, na incorporação de empresas, uma ou várias sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações com o objetivo de trazer ganhos administrativos, operacionais, tributários e jurídicos para a empresa incorporadora.

Consoante o disposto no presente artigo, observou-se, também, que no que tange ao termo inicial prescricional em caso de redirecionamento fiscal, existem duas hipóteses gerais: 1) ato ilícito ocorrido anteriormente à citação; 2) ato ilícito ocorrido posteriormente à citação.

No primeiro caso, conta-se o prazo prescricional quinquenal a partir da citação, enquanto no outro a partir da prática de ato inequívoco que venha a inviabilizar efetivamente a satisfação do crédito tributário, independentemente do ilícito tratar-se de dissolução irregular ou não.

Outrossim, a partir do estudo e da análise da jurisprudência pertinente à incorporação de empresas e consequente aplicação do redirecionamento da execução fiscal e desconsideração da personalidade jurídica, verificou-se que esta ainda se revela em processo de desenvolvimento. Isso porque existem pouquíssimos julgados que dizem respeito a incorporação empresarial com a correta aplicação do art. 135, III do CTN.

Seja pela indevida aplicação do art. 50 do CC em se tratando de matéria tributária, seja pela aplicação do art. 135, III do CTN como sinônimo de redirecionamento, se faz necessário rever e reformular a jurisprudência já existente, a fim de que haja uma adequada aplicabilidade dos institutos analisados no presente trabalho.

Enquanto o redirecionamento fiscal tributário deverá ser utilizado apenas como uma medida extremamente excepcional, qual seja nos casos em que é verificada a impossibilidade de satisfação da dívida pelo devedor principal, a comprovação da prática de atos de gestão com excesso de po-

deres ou infração da lei, contrato social ou estatuto por diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, além da dissolução irregular da pessoa jurídica, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica responsabiliza os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado que praticam atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos. Dessa maneira, o art. 135, III do CTN deve ser utilizado como verdadeiro instituto da desconsideração da personalidade jurídica em se tratando de matéria tributária.

Referências

ARAUJO, Juliana Furtado Costa. O prazo para redirecionamento da ação de execução fiscal em face de terceiros responsáveis. **Revista da PGFN / Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 83-97, jan./jun., 2011.

BRASIL. **Código Civil**. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 15 jul. 2019.

_____. **Código de Processo Civil**. Lei n. 13.105, 16 de março de 2015. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 15 jul. 2019.

_____. **Código de Tributário Nacional**. Lei n. 5. 172, 25 de outubro de 1966. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm> Acesso em: 15 jul. 2019.

_____. **Lei das Sociedades por Ações**. Lei n. 6.404, 15 de dezembro de 1976. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6404consol.htm> Acesso em: 15 jul. 2019.

DA SILVA, Aiala Alencar. **O redirecionamento da execução fiscal para o(s) sócio(s) gerente(s): análise da súmula 435 do Superior Tribunal de Justiça**. [S.I.], 2015. Disponível em:<https://jus.

com.br/artigos/38437/o-redirecionamento-da-execucao-fiscal-para-o-s-socio-s-gerente-s-analise-da-sumula-435-do-superior-tribunal-de-justica>. Acesso em: 15 jul. 2019.

MIRANDA, M. B. **Curso teórico e prático de direito societário**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial**. 8 ed. São Paulo: Método, 2018.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito Empresarial Esquematizado.** 6 ed. São Paulo: Editora Forense LTDA, 2016.

REIS, Tiago. **Incorporação de empresas: entenda como esse processo de aquisição funciona.** [S.I.], 2019. Disponível em: <https://www.sunoresearch.com.br/artigos/incorporacao-de-empresas/>. Acesso em: 10 jul. 2019.

MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS

Tiago Ferreira Santos

1. INTRODUÇÃO

O tema do presente trabalho é a análise do tratamento favorecido das microempresas e das empresas de pequeno porte em licitações públicas, o qual foi instituído pela Lei Complementar 123/06.

Justificam a sua elaboração, do ponto de vista pessoal, a vivência do autor em licitações públicas, assim como as pesquisas que desenvolveu sobre essa temática, ainda que não tenha tratado especificamente sobre as microempresas e empresas de pequeno porte.

O problema, assim, consistiu na formulação da seguinte pergunta-problema, a saber: quais os principais efeitos práticos da obediência do regime jurídico de tratamento favorecido previsto na Lei Complementar 123/06 para as microempresas e para as empresas de pequeno porte no tocante às licitações públicas?

O objetivo geral, portanto, foi investigar os principais aspectos do tratamento favorecido das microempresas e das empresas de pequeno porte nas licitações públicas brasileiras.

A metodologia foi a análise qualitativa de livros, legislação e julgados dos tribunais.

No segundo capítulo, será investigado o conceito de microempresa e de empresas de pequeno porte, ao passo que já no terceiro serão analisados

os principais aspectos do tratamento diferenciado concedido às microempresas e às empresas de pequeno porte em matéria de licitações públicas.

2. CONCEITO DE MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE

O conceito de microempresas é fornecido pela Lei Complementar 123/06, segundo a qual se considera microempresa aquela pessoa física ou jurídica em rol listado que "aufira, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais)" (BRASIL, 2006, Art. 3º, Inciso I).

Igualmente por essa lei é concedido o conceito de empresa de pequeno porte, o qual consiste em um rol de pessoas físicas e jurídicas que "aufira, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais)" (BRASIL, 2006, Art. 3º, Inciso II).

Na legislação, reconhece-se expressamente a possibilidade de se enquadrar nesse conceito, do ponto de vista subjetivo, o empresário (individual), a sociedade empresária e a empresa individual de responsabilidade limitada. Não há maiores questionamentos quanto a essas três categorias.

O empresário (individual) é aquela pessoa física que exerce a atividade em seu nome próprio e com o risco de seu patrimônio, portanto, não sendo possível falar em limitação da responsabilidade. Inclusive, é tradicional no direito empresarial a seguinte afirmativa:

> A expressão exercício individual da empresa sempre foi utilizada pela doutrina comercialista para identificar a situação em que uma pessoa natural inscreve-se no registro de empresas a fim de que possa legalmente desenvolver, em seu próprio nome e sob sua exclusiva responsabilidade uma atividade econômica de produção ou circulação de bens, ou ainda prestação de serviços, mediante organização empresarial [...] (GOMES, 2018, p. 34).

Importante lição para diferenciar o empresário (individual) das demais formas subjetivas de explorar a atividade empresarial consiste em ele não ser uma pessoa jurídica, possuindo Cadastro Nacional de Pessoas

Jurídicas apenas para fins tributários. Segue transcrição de Fábio Bellote Gomes (2018, p. 35):

> O empresário individual não é pessoa jurídica, possuindo, no entanto, inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas do Ministério da Fazenda (CNPJ/MF) unicamente para que possa recolher tributos pelas mesmas alíquotas asseguradas às pessoas jurídicas, como forma de um incentivo legal à atividade empresarial (GOMES, 2018, p. 35).

Noutro giro, não é também novidade de que a sociedade empresária consiste na união de duas ou mais pessoas para o exercício da atividade empresarial, o que enseja a formação de uma nova pessoa jurídica, a qual pode ser integrada tanto por pessoas físicas quanto por jurídicas. As principais espécies são a sociedade anônima e a sociedade limitada.

A invocação jurídica fica por conta da previsão da empresa individual de responsabilidade limitada que passou a ser prevista originalmente justamente para resolver uma questão prática, qual seja, como poderia o empresário que pretende exercer a atividade empresarial individualmente limitar a sua responsabilidade?

Do ponto de vista jurídico, não havia nenhuma forma lícita para isso, o que levava os empresários a se associarem com cônjuges e filhos apenas para poderem abrir uma sociedade empresária e obter a almejada limitação da responsabilidade por meio dos famigerados sócios de 1% das cotas sociais.

Depois de inúmeras críticas à restrição legal realizadas pelos pesquisadores de direito empresarial, constatou-se a necessidade de solucionar tal problema, sendo que a constituição de uma nova pessoa jurídica era o indicado numa análise de direito comparado, surgindo, assim, a empresa individual de responsabilidade limitada, também chamada EIRELI, cuja titularidade é de uma única pessoa.

Outra questão, entretanto, surgiu. Era possível uma pessoa jurídica ser a titular de uma empresa individual de responsabilidade limitada ou apenas as pessoas físicas poderiam ser?

No início, as Juntas Comerciais foram indicadas a se recusar a registrar empresas individuais de responsabilidade limitada que não fossem ti-

tularizadas exclusivamente por uma pessoa física, ou seja, impedia-se que pessoas jurídicas a titularizassem.

Permanecia, assim, um outro problema no direito empresarial, ainda que de uma magnitude muito inferior àquele que pretendeu explicitamente o legislador solucionar com a instituição das empresas individuais de responsabilidade limitada no Brasil.

Imagine a seguinte situação. Por questões de planejamento empresarial ou tributário, uma sociedade empresária resolve que explorará um projeto por uma pessoa jurídica distinta dela, uma subsidiária.

Para constituí-la, seria muito mais simples se houvesse a possibilidade de instituir uma empresa individual de responsabilidade limitada, já que não haveria necessidade de acionar qualquer outra pessoa com a finalidade exclusiva de compor o quadro societário. Essa solução, inclusive, corresponderia bem mais à realidade desejada pelos envolvidos na transação.

Qual dificuldade, portanto, em autorizar tal solução? Ressalta-se que a legislação não proibia expressamente, apenas havia uma interpretação das autoridades competentes nesse sentido, o que para o bem do direito empresarial, após as devidas críticas realizadas pelos teóricos da área, foi superado.

Há de se recordar que, no âmbito do direito privado, a prevalência é pelo princípio da liberdade, correlacionado à dignidade da pessoa humana sob a dimensão da responsabilidade pessoal.

Assim, pessoa jurídica pode titularizar empresas individuais de responsabilidade limitada, ao passo que a "pessoa natural que constituir empresa individual de responsabilidade limitada somente poderá figurar em uma única empresa dessa modalidade" (BRASIL, 2002, Art. 980-A, § 2º).

Se essas três primeiras categorias de pessoas estão para além de qualquer controvérsia, situação diferente é a da sociedade simples, a qual também é uma espécie de pessoa que está autorizada expressamente a constituir uma microempresa ou uma empresa de pequeno porte.

Isso decorre da situação de que, embora tratada no Livro II do Código Civil, que versa sobre o Direito de Empresa, as sociedades simples opõem-se às sociedades empresárias, nos termos do disposto no Art. 983, da referida lei.

Mais esclarecedor é o ensinamento de Gladston Mamede (2018, p. 109), para quem "no plano das pessoas jurídicas de direito privado que

se dedicam a atividades econômicas (artigo 44, II, do Código Civil), as sociedades foram diferenciadas em simples e empresárias" (MAMEDE, 2018, p. 109).

Portanto, pode-se afirmar com segurança que "somente a sociedade empresária, vinculada ao Registro Público de Empresas Mercantis (Junta Comercial), é titular de empresa; à sociedade simples, vinculada ao Registro Civil das Pessoas Jurídicas, não corresponde empresa" (MAMEDE, 2018, p. 109).

Há problemas nessa disposição legislativa. Constata-se "ser paradoxal a afirmação de que a sociedade simples, devidamente registrada no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, possa enquadrar-se como microempresa ou empresa de pequeno porte" (MAMEDE, 2018, p. 109).

Além disso, reconhece-se existir "uma antinomia entre os dispositivos postos a confronto, ou seja, entre o Código CIvil e o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte" (MAMEDE, 2018, p. 109).

Essas questões, entretanto, não prejudicam a aplicação das consequências jurídicas pretendidas já que "deixa claro que o legislador foi apenas atécnico" (MAMEDE, 2018, p. 109). Mais adequado seria que ele houve utilizado a expressão microatividades negociais ou atividades negociais de pequeno porte, as quais incluem tanto as civis quanto as empresariais, como bem destacou Gladston Mamede (2018, p. 109) em lição que segue:

> As sociedades simples e empresárias que se qualificarem, nos moldes acima estudados, como microempresas ou empresas de pequeno porte, ou, sendo mais técnico, que se qualificarem como microatividades negociais ou atividades negociais de pequeno porte, considerando-se não haver empresa em relação às simples, também merecem tratamento específico.

Feitas essas considerações em linhas gerais sobre a microempresa e a empresa de pequeno porte à luz das lições dos pesquisadores de direito empresarial, especialmente, para entender que não consistem em pessoas jurídicas, mas apenas em tratamentos favorecidos a incidir tanto em pessoas jurídicas quanto físicas, resta ainda um ponto de grande relevância prática que é o papel do microempreendedor individual (MEI).

Muitas pessoas costumam imaginar que o MEI consiste em uma pessoa jurídica distinta da pessoa física até mesmo por ele possuir registro no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas, o que na verdade não possui correlação necessária com esse instituto jurídico.

Na verdade, o MEI, do ponto de vista classificatório, consiste em "uma modalidade de microempresa (ME), sendo que todos os benefícios previstos na Lei Complementar 123/2006 para ME são estendidos ao MEI, sempre que lhe for mais favorável [...]" (TEIXEIRA, 2018, p. 66).

Portanto, não se trata de uma pessoa jurídica ou física, mas apenas de um tratamento favorecido. Do ponto de vista subjetivo, o MEI possui um escopo mais restrito do que a microempresa, já que não inclui nenhuma espécie de sociedade, mas apenas o "empresário individual que se enquadre na definição do art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil" (BRASIL, 2002, Art. 18-A, § 1º). Logo, ele é necessariamente a própria pessoa física, que deverá atender aos requisitos legais, quais sejam:

> Para os efeitos desta Lei Complementar, considera-se MEI o empresário individual que se enquadre na definição do art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, ou o empreendedor que exerça as atividades de industrialização, comercialização e prestação de serviços no âmbito rural, que tenha auferido receita bruta, no ano-calendário anterior, de até R$ 81.000,00 (oitenta e um mil reais), que seja optante pelo Simples Nacional e que não esteja impedido de optar pela sistemática prevista neste artigo. (BRASIL, Art. 18-A, § 1º)

Esclarecidos do ponto de vista jurídico os conceitos de microempresa, inclusive o microempreendedor individual, e de empresa de pequeno porte, importa no próximo tópico enfrentar os aspectos do seu tratamento favorecido.

3. TRATAMENTO DIFERENCIADO EM LICITAÇÕES PÚBLICAS

É sabido que o ordenamento jurídico brasileiro preceitua a necessidade de obediência ao princípio da igualdade já no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal como um princípio fundamental destinado a todos bra-

sileiros e, até mesmo, estrangeiros residentes no Brasil, tal qual a seguinte redação: "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 [...]" (BRASIL, 2018, Art. 5º).

Além disso, a doutrina critica a referida redação, uma vez que para entender o verdadeiro significado desse artigo no ordenamento jurídico brasileiro, "a interpretação literal do art. 5º, caput, da Constituição é o processo hermenêutico menos apto a desvendar a amplitude do preceptivo" (SILVA NETO, 2013, p. 683).

Em outros termos, "não há nenhum fundamento na limitação dos direitos individuais aos brasileiros e estrangeiros residentes no País, porquanto não se poderá recusar a estrangeiros não residentes o direito à vida, à liberdade, à propriedade" (SILVA NETO, 2013, p. 682), sendo necessária uma interpretação extensiva do referido texto, para ampliar o alcance da norma jurídica.

Esse princípio fundamental da igualdade se reflete em diversos princípios setoriais ao longo da Constituição. No caso, há de se destacar a impessoalidade prevista no Art. 37, *caput*, um princípio expresso da administração pública.

Em matéria de licitação ele se desdobra no mandamento de que os procedimentos licitatórios devem assegurar igualdade de condições a todos os concorrentes, tal qual estabelecido no Art. 37, inciso XXI, da Constituição.

Ocorre que para interpretar tais dispositivos a doutrina tem estabelecido alguns parâmetros hermenêuticos. Primeiro, as normas podem ser relativizadas por outras de mesma natureza, atraindo a incidência de dois princípios, a saber: princípio da unidade da Constituição; princípio da justeza ou concordância prática.

O princípio da unidade da Constituição assenta que ela é "um conjunto de normas" (CUNHA JÚNIOR, 2018, p. 196), ou seja, é uma "unidade de pluralidade de normas, sem distinção hierárquica entre suas normas" (CUNHA JÚNIOR, 2018, p. 196).

Em complemento, o princípio da concordância prática ou da harmonização "impõe ao intérprete a coordenação e harmonização dos bens jurídico-constitucionais em conflito, de modo a evitar o sacrifício (total)

de uns em relação aos outros" (CUNHA JÚNIOR, 2018, p. 199), portanto, as colisões de normas da Constituição conduzem "à necessidade de ponderação" (CUNHA JÚNIOR, 2018, p. 199).

Sobre outras normas jurídicas constitucionais que servem para justificar o tratamento diferenciado das microempresas e empresas de pequeno porte na licitação, há um princípio geral da atividade econômica que prevê-se expressamente que a ordem econômica está calcada no "tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País" (BRASIL, 1988, Art. 170, inciso IX). Além disso, no art. 179 do mesmo documento normativo, prevê-se que haverá uma simplificação de suas obrigações administrativas.

Segundo, até por influência da necessidade de o princípio da igualdade ceder pontualmente a outros princípios constitucionais contrapostos, ele deve ser entendido enquanto igualdade entre iguais e desigualdade entre desiguais na medida da desigualdade, como bem acentuou Rui Barbosa (1962, p. 43):

> A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.

Nesse sentido, há de se reconhecer ser um dever constitucional para que a legislação preveja um tratamento diferenciado que facilite a participação das microempresas e das empresas de pequeno porte nas licitações, o que foi devidamente realizado pela Lei Complementar 123/06, que passa a ser analisada.

Uma das dificuldades que os empresários de micro ou pequeno porte alegam para participação de licitações, por exemplo, é a necessidade de comprovação da regularidade fiscal e trabalhista (certidões das fazendas federal, estadual, municipal, do FGTS e da Justiça do Trabalho), o que, no âmbito da legislação destinada a essa categoria de agentes da

atividade empresarial, foi relativizada, pois há determinação no sentido de que "somente será exigida para efeito de assinatura do contrato" (BRASIL, 2006, art. 42).

Nesse sentido, na hipótese de restrição em algum documento apto a comprovar a regularidade fiscal, após ser declarado vencedor, terá o direito a fazer o complemento no "prazo de cinco dias úteis" (BRASIL, 2006, Art. 43, §1º), sendo possível ainda ser prorrogado por igual período a juízo da administração pública.

Circunstância muito interessante para as microempresas e as empresas de pequeno porte consiste na existência da preferência em caso de empate, ou seja, essa condição do empresário é um dos critérios de desempate.

Na verdade, o seu tratamento favorecido avança ainda mais, criando a legislação o instituto do empate ficto, que engloba "aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada" (BRASIL, 2006, Art. 44, §2º). No caso específico do pregão, essa margem é reduzida para até 5%.

Nessas situações, a "microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado" (BRASIL, 2006, Art. 45).

Esses aspectos acima trazidos são incondicionais, ou seja, caso a administração pública não lhe conceda esses benefícios previstos em lei, será possível o exercício do controle por meio de direito de petição, mandado de segurança, denúncia à ouvidoria, representação no tribunal de contas.

O direito de petição é exercido por meio de um requerimento direcionado à própria entidade ou órgão da administração pública, não precisando de advogado para tanto, nem de pagamento de taxas de qualquer natureza. Ele constitui uma garantia fundamental prevista no art. 5º, inciso XXXIV, alínea a, da Constituição Federal.

A administração, não raro, deixa de seguir tais diretrizes apenas por descuido ou falta de atenção, portanto, é interessante que o empresário que possa se beneficiar das disposições legais requeira diretamente perante a própria entidade que praticou o ato nulo para que ela própria o ajuste à legislação.

Caso tal prática não resolva, a microempresa ou a empresa de pequeno porte ainda sem pagamento de taxas e sem assistência de advogado poderá diretamente acionar a ouvidoria da entidade federativa.

Por exemplo, a Secretaria de Educação do Estado do Rio de Janeiro poderá ser denunciada pela prática de ato nulo consistente na ausência de observância do tratamento diferenciado das microempresas e das empresas de pequeno porte em procedimentos licitatórios perante a Ouvidoria do próprio Estado do Rio de Janeiro.

Esses mecanismos de controle interno não devem ser desprezados, pois costumam funcionar com maior agilidade que o controle externo. Justifica-se. Enquanto o controle interno independe de contraditório e ampla defesa para determinar a observância de determinada norma por se fundamentar no poder hierárquico que fiscaliza e ordena, o controle externo precisa garantir uma série de garantias processuais inerentes ao devido processo legal.

Entretanto, independente do acesso prévio aos mecanismos de controle interno, haverá sempre a possibilidade de acionar o controle externo. De um lado, uma das medidas mais usadas é o mandado de segurança para o qual será necessária a atuação de advogado. Do outro, a representação ao tribunal de contas independe de pagamento de taxas ou de assistência de advogado.

Há outros aspectos menos importantes relacionados ao tratamento diferenciado das microempresas e empresas de pequeno porte. Infelizmente, o legislador pátrio conferiu ampla discricionariedade à administração pública na opção pela sua adoção. Nesse sentido, seguem as condições em que podem justificar a não incidência:

1. não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;
2. o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado;

> 3.a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, excetuando-se as dispensas tratadas pelos incisos I e II do art. 24 da mesma Lei, nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente de microempresas e empresas de pequeno porte, aplicando-se o disposto no inciso I do art. 48. (BRASIL, 2006, Art. 49)

A importância destes aspectos do tratamento favorecido que a seguir serão analisados é extremamente reduzida, pois especialmente a segunda condição possibilita que o gestor público justifique o seu afastamento em qualquer circunstância. Ressalta-se, entretanto, que essa possibilidade aplica-se apenas ao que será analisado daqui em diante.

Nesse sentido, a administração pública, diante da ausência de qualquer uma das três condições acima previstas, observará o tratamento diferenciado das microempresas e empresas de pequeno porte consistente do seguinte:

> [...] deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R$ 80.000,00 (oitenta mil reais);
>
> poderá, em relação aos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte;
>
> deverá estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte. (BRASIL, 2006, Art. 48)

Embora esses últimos aspectos não sejam tão importantes por demandarem uma análise de discricionariedade administrativa, há de se reconhecer que os primeiros aspectos do tratamento favorecido já são muito relevantes para as microempresas e as empresas de pequeno porte.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto ao longo do trabalho, conclui-se que o tratamento legislativo favorecido às microempresas e às empresas de pequeno porte

é importante especialmente naquela parte que independe de um juízo de discricionariedade administrativa para incidir.

Nesse sentido, destacaram-se os aspectos referentes à possibilidade de regularizar a comprovação da regularidade fiscal e trabalhista 5 dias úteis após a adjudicação do objeto; à preferência em caso de empate; e à previsão do instituto do empate ficto, que gera a possibilidade de as favorecidas oferecerem proposta melhor que a vencedora.

5. REFERÊNCIAS

BARBOSA, Rui. A verdadeira igualdade. *In*: Gladstone Chaves de Melo (org.). **Rui Barbosa**: textos escolhidos. Rio de Janeiro: Livraria Agir, 1962.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02/08/2019.

BRASIL. **Lei Complementar n. 123/06, de 14 de dezembro de 2006**. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis no 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, da Lei no 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar no 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis no 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. Disponível em: . Acesso em: 02/08/2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm. Acesso em: 02/08/2019.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 02/08/2019.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. ampl. Salvador: JusPODIVM, 2018.

GOMES, Fábio Bellote. **Manual de direito empresarial**. 7 ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2018.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro**: empresa e atuação empresarial. 10. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2018.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TEIXEIRA, Tarcisio. **Direito empresarial sistematizado**: doutrina, jurisprudência e prática. 7 ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

AUTONOMIA MUNICIPAL NO FEDERALISMO BRASILEIRO: BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO CONCEITO DE INTERESSE LOCAL

Débora Maria Martins

1 Introdução

A Constituição de 1988 considerou, de forma inovadora, o município como ente federativo, ao lado da União e dos Estados, estabelecendo, então, competência legislativa municipal acerca do interesse local.

Tal fato foi de suma importância para a formação do federalismo brasileiro, o qual passa a inovar em relação a versão clássica. Contudo, essa inovação gera dúvida, até a atualidade, se o federalismo "à brasileira", principalmente em relação a esfera municipal, está, efetivamente, funcionando, sendo tal questionamento um dos objetivos principais dessa pesquisa.

Ademais, indaga-se qual seria o conceito correto de interesse local trazido pela constituinte ao regular a autonomia municipal. Busca-se aqui entender, então, se seria possível definir esse interesse, de maneira a não deixar cláusulas abertas.

Outrossim, estuda-se as peculiaridades da história da autonomia municipal nos ordenamentos jurídicos brasileiros, desde o começo da história brasileira, de maneira a entender uma linearidade de pensamento ou não.

Em termos metodológicos, com a finalidade de apreender o estado da arte do problema delimitado nesse trabalho, procurando atender aos ob-

jetivos apresentados, foi feita uma pesquisa bibliográfica em que os temas autonomia municipal e federalismo foram priorizados. Em termos objetivos, a pesquisa foi descritiva, pois estudou as características do movimento federalista brasileiro, fornecendo, então, diversa visão acerca do assunto. No estudo, partiu-se do entendimento das essencialidades do federalismo para, depois, entender a aplicação de tal período na realidade brasileira e as consequências que ele trouxe para a autonomia municipal.

O objeto do presente estudo surgiu a partir da experiência de estágio na Procuradoria Geral do Município de Fortaleza, em que se percebeu que, apesar da autonomia municipal ser regulada e garantida na Constituição, ela não se encontra, muitas vezes, efetivada. Da mesma maneira, percebeu-se a necessidade de inserção do tema e atualização do conteúdo programático básico da disciplina de Direito Constitucional, que introduz, criticamente, o estudo da Constituição Federal e dos principais aspectos constitucionais brasileiros. No que tange à abordagem da pesquisa, esta se deu de maneira qualitativa, tendo em vista que procurou a interpretação e a contextualização do referido tema.

2 A evolução histórica da autonomia municipal brasileira

Preliminarmente, é mister a citação de que o federalismo, de forma suscinta, caracteriza-se por ser um sistema político em que vários estados se uniram para formar uma organização mais ampla, mas conservando a autonomia de cada um. No Brasil, ainda que tenha se baseado no federalismo estadunidense, conferiu autonomia política para os Municípios, uma vez que o classificou como um dos entes federativos. Situação esta que, apesar de inovadora, ainda é muito criticada nos estudos acerca do tema, levando-se em consideração que na prática, não obstante o federalismo pregue o sistema descentralizador, ainda ocorre bastante centralização das esferas de poderes no federalismo brasileiro (RIGO SANTIN, 2019, p. 102-103). Tal tema será ostensivamente trabalho adiante no presente trabalho.

Na primeira constituição da República brasileira, no ano de 1891, o constituinte admitia a ajuda e o auxílio da União às administrações estaduais nos casos de calamidade pública, quando houvesse formal solicitação

do Estado afetado. Assim, percebe-se que nesse período, o federalismo, além de excluir de forma total a Municipalidade, caracterizava-se como segregador, permitindo apenas uma situação de cooperação entre os entes federativos (HORTA, 1957, p. 70).

Na Constituição de 1934, os entes federativos eram a União, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios, sendo excluídos dessa classificação os Municípios. Contudo, embora ele não fosse classificado como ente, o art. 17 dava características que o elevavam a patamar equivalente a União e aos Estados, garantindo-lhe o respeito à igualdade, à liberdade religiosa, assim como o estabelecimento de regras para aquisição e alienação dos imóveis, fé dos documentos públicos, cooperação mútua e cobrança de tributos (SOUZA, 2012, p. 122).

Ademais, nesse mesmo documento, o art. 7 permitia que os Estados decretassem as constituições e as leis, desde que observassem a autonomia municipal. Tal conceito era garantido pelo "peculiar interesse", tratando-se de matérias que versavam sobre eleição de prefeitos e vereadores, decretação dos impostos e taxas, arrecadação e aplicação das rendas e organização nos serviços de sua competência. Não obstante fosse garantida tal autonomia, outros artigos dessa constituição traziam elementos que podiam diminuir essa autossuficiência, como a possibilidade de o presente ser nomeado pelo governo, a criação de órgãos estaduais que fiscalizasse as finanças municipais, assim como a intervenção dos Estados nos municípios para regularizar as finanças (SOUZA, 2012, p. 123-124).

Na Constituição de 1937, embora não classificasse o ente municipal como parte da federação, trazia as mesmas vedações como aquelas estabelecidas para a União e para os Estados, garantindo, assim, a preservação dos princípios da igualdade, da liberdade religiosa e a imunidade tributária recíproca. Todavia, a autonomia da Municipalidade era mitigada na escolha do chefe da prefeitura, uma vez que o art. 27 determinada que o prefeito seria livremente nomeado pelo governador (SOUZA, 2012, p. 126-127).

Na Constituição de 1946, o Município também não era classificado como ente público. Contudo, recebia as mesmas vedações que os demais entes federativos. Ademais, à Municipalidade era permitido ter símbolos próprios, assim como os outros entes incluídos na Federação. "O estado que não respeitasse a autonomia municipal seria objeto de intervenção do

Governo Federal (art. 7o , VII, "e"). No entanto, era permitido aos Estados intervirem nos municípios quando seu objetivo fosse a regularização das finanças destes (art. 23)" (SOUZA, 2012, p. 129)

Em 1967, de forma semelhante, a Constituição também não inclui o município como ente da federação, mas lhe concede a possibilidade de ter símbolo próprio (SOUZA, 2012, p. 132).

No período de 1989 a 1995, o Município teve garantida a elevação das receitas, principalmente aquelas oriundas das transferências intergovernamentais. Embora, nessa época, não fosse garantido ao ente municipal o conceito de ente federativo, tal fator foi relevante para fortalecer a autonomia política frente aos Estados e a União (SANTOS, 2012, p. 211). Nesse sentido, a Constituição de 1988 foi a primeira a classificar a Municipalidade como ente da federação, impondo forte impulso descentralizador a toda a organização estatal, trazendo, aos municípios, responsabilidades totalmente inovadoras no que se refere aos documentos jurídicos passados (LINHARES; CUNHA; FERREIRA, 2012, p. 40). A constituinte de 1988 foi a primeira a conferir a possibilidade de criação de uma Constituição própria municipal, embora não com essa nomenclatura, chamada de Lei Orgânica. Ao delegar essa competência a Municipalidade, "mudou o principal agente que deve observar as normas organizacionais do Município, sendo atualmente o próprio Município" (AVILA, 2018, p. 527).

> enquanto as Constituições anteriores limitavam-se a conferir ao município a atribuição de administrar cemitérios e outras competências concorrentes, a Constituição de 1988 estabeleceu competências específicas para os municípios, no que se refere à esfera legislativa (incisos I e II), financeira (III), territorial (IV e VIII), administrativa (V), educativa (VI), sanitária (VII) e do patrimônio históricocultural local (IX) (SOUZA, 2012, p. 139).

Em suma, percebe-se que a autonomia municipal começou a ser garantida na atualidade, passando por muitos entendimentos diferentes em cada momento histórico específico. Não obstante seja extremamente relevante a inclusão da Municipalidade como ente federativo na Constituição de 1988, a formação do federalismo brasileiro ainda demanda esforços para que a autonomia dessa entidade seja, de fato, garantida.

3 Os problemas do federalismo "à brasileira"

Entendido o conceito básico de federalismo como sistema político em que vários estados se uniram para formar uma organização mais ampla, mas conservando a autonomia de cada um, constatou-se que:

> [...] o debate sobre descentralização comporta duas acepções: o papel do estado em relação à iniciativa privada, aos movimentos sociais e às organizações não governamentais, onde a descentralização está ligada à redução do papel do Estado que, de provedor e executor, passa a ser eminentemente regulador; e o papel da União em relação aos estados e Municípios, que envolve a partilha de poder entre as três instâncias da administração do país (STEINBERG; MANIÇOBA, 2006).

Destarte, pode-se afirmar que o sistema federativo brasileiro se classifica como federalismo por delegação, este que o poder constituinte dos estados não deriva de si, mas, da delegação do poder constituinte nacional, que lhes concedeu certa margem de atribuição (TORRES, 2017, p. 65). Ilustração disso é o fato de que:

> há no Congresso Nacional um projeto de "federalização" da justiça. Se adotado, desaparecerá o Poder Judiciário dos estados. O importante da medida no nosso caso, porém, surge de que ninguém reclama alegando invasão de competência ou de desprezo pelas prerrogativas dos estados: é doutrina pacífica que se a nação concedeu às províncias o direito de ter justiças próprias, poderá retomá-lo sempre que desejar, sem maiores discussões (TORRES, 2017, p. 65).

A problemática desse tipo de federação é que os outros entes se tornaram dependentes de decisões dos órgãos centrais, fato este que enseja reforma necessária no âmbito da administração (TORRES, 2017, p. 68).

Dessa forma, o princípio que rege a repartição das competências entre os entes federativos é a predominância de interesse, de maneira que cabe à União o interesse geral, ao Estado o interesse regional e ao Município

o interesse local, reconhecendo, então, o princípio da subsidiariedade. O problema disso é que "o resultado foi que aqueles poucos de maior peso demográfico e econômico puderam beneficiar-se muito mais da sua condição de ente federativo do que a grande maioria" (SANTOS, 2012, p. 214). Isso acaba, então, por legitimar uma das principais características do neoliberalismo: o território passa a se caracterizar como o intermediário que transporta normas utilitárias, parciais e egoísticas (SANTOS, 1998, p. 19). Tal situação se deve ao fato de que "a formação de um território dá às pessoas que nele habitam a consciência de sua participação, provocando o sentimento da territorialidade que, de forma subjetiva, cria uma consciência de confraternização entre as mesmas" (ANDRADE, 1998, p. 214). Exemplo disso é o fato de que, atualmente, as empresas de grande porte, ao adentrarem e se instalarem em determinado local, são tratadas como salvadoras, uma vez que trarão novas oportunidades de emprego e de modernidade, ocasionando, muitas vezes, brigas entre territórios para instalação da empresa, que afirma que pode ir embora, levando toda a oportunidade de emprego, caso suas solicitações não sejam atendidas (SANTOS, 2010, p. 68).

Assim, com a adoção da competência residual para os demais entes federativos, pensando em criar cooperação entre eles, acabou-se por criar uma extrema competitividade em relação, principalmente, aos Estados e aos Municípios (SANTOS, 2012, p. 214).

> Os constituintes de 1988 incluíram na Carta Maior artigos prevendo comportamento mais cooperativo entre os entes federativos. Deixaram, todavia, que a legislação ordinária regulasse tal cooperação. Na ausência de lei, os entes passaram a apresentar comportamento muito mais competitivo do que colaborativo. A disputa federativa, conjugada com a falta de eficácia nas políticas públicas, levou a uma crítica em relação à autonomia municipal, que recebeu a maior parcela na responsabilidade por aquele mau resultado nos primeiros anos pós-Constituição (SANTOS, 2012, p. 226).

Ademais, um claro problema do federalismo à brasileira, desde as primeiras constituições do país, é o fato de que os municípios não possuem recursos próprios para solução de seus problemas de interesse local, pois o

dinheiro é repassado pelo governador. Assim, "muito embora a história e a sociologia estejam em favor do município, a lei, nos países federalistas, dá-lhe o caráter de mero produto da vontade do legislador e não uma realidade subsistente... E, note-se: produto da vontade do legislador estadual" (TORRES, 2017, p. 184). Nesse sentido,

> não houve a correspondente repartição de tributos da União para os Municípios, a fim de que pudessem fazer frente a todas as suas atribuições constitucionais. Assim, o município brasileiro tem muitos ônus e poucos bônus. Assume todas as responsabilidades na organização da cidade, dos serviços públicos locais, com atribuições político-administrativas abrangentes a todo o território do município. Mas, quando se quantifica a repartição tributária nos entes federativos, verifica-se o quanto o Município é prejudicado, em uma voracidade centralizadora de recursos por parte da União (SANTIN; BITENCOUR, p. 104-105).

Devido a esse fato, tem-se tornado cada vez mais comum o estabelecimento de consórcios públicos para a prestação de serviços públicos específicos, a fim de integrar regiões. Por exemplo, apresenta-se a experiência do Consórcio Intermunicipal Grande ABC, de São Paulo, o qual abrangeu políticas sociais, infraestrutura e desenvolvimento local e regional, assim como participação do governo estadual e setores organizados da sociedade civil. Na área da saúde, o consórcio também é muito presente, como no Consórcio Intermunicipal de Saúde de Penápolis (SP), em 1986. "Portanto, não se deve desprezar a importância da ação concertada dos vários atores sociais envolvidos na construção de contexto favorável ao crescimento dos consórcios de saúde no Brasil" (LINHARES; CUNHA; FERREIRA, 2012, p. 41).

Em suma, percebe-se que o federalismo "à brasileira", apesar de inovador, apresenta muitos problemas. Entre eles, a excessiva centralização em relação ao município, uma vez que, apesar de sua autonomia ser constitucionalmente garantida, na prática, pode-se perceber que não acontece de fato. Prova disso é que, para que consiga atuar em determinadas áreas, a Municipalidade faz consórcios com ente públicos estaduais, municipais e organizações da sociedade civil.

4 O conceito de interesse local no federalismo brasileiro

Nas constituições anteriores a de 1988, a expressão peculiar interesse era utilizada para designar a competência legislativa dos municípios. A Constituição atual, entretanto, traz a expressão "interesse local". Nesse contexto, no presente trabalho, buscou-se definir esse interesse, de maneira a não deixar cláusulas abertas. Então, percebeu-se que:

> Com essas afirmações percebe-se que a gestão realizada pelos municípios circunscrevia-se aos serviços "notoriamente locais", de acordo com sua "circunstância" ou com a sua "essência". A nosso ver, **o alcance da expressão "peculiar interesse" corria o risco de ser interpretado subjetivamente, já que dependia do costume (e quem diria qual era o costume?), da circunstância (a quem competia definir uma circunstância "notoriamente local"?) e da essência (quais regras hermenêuticas seriam utilizadas para se definir a essência de um serviço para concluir que o mesmo é "local"?)** (SOUZA, 2012, p. 142). (grifo nosso)

A problemática dessa situação é que, quando se deixa cláusula em aberto, sem definir de fato o que isso queria dizer, possibilita o aspecto subjetivo do conceito. Embora não se refira à autonomia municipal, Barroso (2004, p. 42) exemplifica essa situação com o exemplo da expressão "interesse público", na Lei da Imprensa, que não explicou, de forma alguma, o que consistiria esse tal interesse.

> Quando colocamos o problema do que é o interesse local, distinguível do nacional, observamos que poucos são os interesses locais que não digam respeito também ao interesse da nação brasileira.
>
> Vejamos pelo art. 5º da constituição quais os interesses dos brasileiros de uma cidade, por exemplo, (já que mesmo os habitantes das áreas rurais se encaixam no âmbito territorial de algum município) (TORQUATO, 2001, p. 103)

Alguns autores, na tentativa de solucionar o problema da cláusula aberta da questão do interesse local, tentaram defini-lo: "os assuntos de interesse local surgem em todos os campos em que o Município atue com competência explícita ou implícita" (MEIRELLES, 2006, p. 136). Esse assunto já foi debatido no Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 586.224 SP (BRASIL, 2015), que o relator Ministro Luiz Fux afirmou que o conceito de interesse local deve ser obtido apenas diante do caso concreto. É certo dizer, também, acerca desse tema, que "as matérias que compõem seu conteúdo podem ser agrupadas em classes, segundo sua natureza, sua vinculação cumulativa a mais de uma entidade e seu vínculo a função de governo" (SILVA, 2012, p. 479), assim como " [...] não há assunto municipal que não seja reflexamente de interesse estadual e nacional. A diferença é apenas de grau, e não de substância" (MEIRELES, 1996, p. 121).

Contudo, é de grande relevância que haja a verdadeira definição do que seria interesse local, embora seja a possível a atuação de mais de um ente federativo no tema, como no caso da competência concorrente, que cabe a União o estabelecimento de normas gerais e aos outros entes, as normas específicas.

> Parece que o constituinte decidiu ampliar a atuação e importância do município e optou por traduzir essa ampliação na utilização de "interesse local", já que "peculiar interesse" estava identificado com uma série de constituições republicanas que não deram o devido valor aos municípios (SOUZA, 2012, p. 144).

Como afirma Silva (2003, p. 107), o Município é um ente bastante importante para o regime democrático, sendo denominado "a escola da democracia" pois é ali que as pessoas exercem seus direitos e obrigações de forma próxima.

Um ente tão relevante não pode, dessa maneira, ser negligenciado como se percebe que vem acontecendo, pois, ao que parece, a competência do município tende a ser a última a ser adotada, não obstante a competência "se caracteriza pela predominância e não pela exclusividade do interesse para o município" (MEIRELES, 1996, p. 121). O município e sua competência legislativa não deveriam ser tratados dessa forma, uma

vez que isso se mostra como excessiva centralização em um federalismo que era para ser marcado pela descentralização. São de palavras de Torres (2017, p. 308),

> tendendo a federação ao Estado unitário, como seu limite natural – estados "unidos" – **retomaríamos o processo na direção da concentração de poderes** [...] Forçando a lógica, a gramática e a história, **adotamos uma federação, "como se" o Brasil viesse de associação de estados separados**: o peso da realidade, todavia, conduziu o Brasil ao resultado a que chegaria se, de fato, houvesse "a federação das províncias" em 1889: à unificação, termo lógico da federação... Vale, outrossim, considerar outro aspecto da situação. O Estado, por natureza e função, é fator de unificação – a sujeição de um povo às mesmas leis e à mesma autoridade. (grifo nosso)

Em síntese, pode-se perceber que a competência municipal acerca do interesse local deixa cláusulas muito abertas, não sendo possíveis identificá-las e enumerá-las. Fato este que é aqui repudiado, uma vez que, pela relevância do município na federação brasileira, deveria ser mais expressa, evitando que o federalismo "à brasileira" trouxesse essa centralização que, pela etimologia do sistema federalista, não deveria acontecer. Assim, percebe-se que o federalismo brasileiro se mostrou divergente da lógica, da gramática e da história do que o sistema deveria, de fato, ser.

5 Conclusão

Percebe-se, então, que a presente pesquisa cumpriu os objetivos anteriormente elencados, na medida que estudou a progressão histórica dos municípios nas federações brasileiras, a partir de suas constituições. Ademais, estudou-se se o federalismo brasileiro está, de fato, cumprindo a descentralização prevista na sua etimologia e na sua história de origem. Por fim, tentou-se entender o que seria o conceito de interesse local usado pela a Constituição de 1988 para tratar da competência municipal.

Diante do exposto, entendeu-se que a autonomia municipal começou a ser garantida na atualidade, passando por muitos entendimentos diferentes em cada momento histórico específico. A Constituição de 1988

foi um marco, uma vez que foi o primeiro documento político-jurídico do país que elencou o município como parte da federação brasileira.

O federalismo "à brasileira" encontra vários problemas na atualidade, levando-se em consideração que, pela história do sistema federalista, deveria ser marcado pela descentralização, quando, na prática, percebe-se a centralização e a dependência do município em relação aos entes maiores, como a União e os Estados.

Por fim, o interesse local é trazido em caráter subjetivo pela Constituição de 1988. O Supremo Tribunal Federal, em um julgado, tentou definir o que seria, de fato, esse conceito, porém não o fez claramente. Assim, mostrou-se de extrema e urgente importância que haja, pelo menos, um rol taxativo acerca dos temas da autonomia da Municipalidade, na tentativa de fazer com que o município, na federação brasileira, seja um pouco menos dependente dos outros entes federativos.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Manuel Correia de. Territorialidades, desterritorialidades, novas territorialidades: os limites do poder nacional e do poder local. In: SANTOS, Milton; Souza, Maria Adélia de A; SILVEIRA, Maria Laura (Orgs.). **Território, globalização e fragmentação**. 4 ed. Hucitec: São Paulo, 1998.

AVILA, Marta Marques. O Município no constitucionalismo brasileiro: a presença constante e a mudança de paradigma pós 1988. **Revista de Direito da Cidade**, vol. 10, n. 1, p. 500-531, jan. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 235, p. 1-36, jan. 2004. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123/45026>. Acesso em: 14 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Jurisprudência**. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8399039. Acesso em 04 de agosto de 2019.

HORTA, Raul Machado. Problema do federalismo brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito**, Belo Horizonte, ano IX, out. 1957

LINHARES, Paulo de Tarso; CUNHA, Alexandre dos Santos; FERREIRA, Ana Paula Lima. Cooperação federativa: a formação de consórcios entre entes públicos no Brasil. In: LINHAS, Paulo de Tarso Frazão; MENDES, Constantino Cronemberger; LASSANCE, Antonio. (Orgs.) **Federalismo à brasileira**: questões para discussão. Brasilia: Ipea, 2012.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

RIGO SANTIN, Janaína; MENEGAZ BITENCOUR, Jean Carlos. Pacto federativo e autonomia legislativa municipal. **História**: Debates e Tendências [en linea] 2015, 15 (Enero-Junio) : [Fecha de consulta: 10 de julio de 2019] Disponible en:<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=552456385007> ISSN 1517-2856

SANTOS, Angela Penalva. Autonomia Municipal no Contexto Federativo Brasileiro. **Revista Paranaense de Desenvolvimento - RPD**, Curitiba, n. 120, p. 209-230, fev. 2012. Disponível em: <http://www.ipardes.pr.gov.br/ojs/index.php/revistaparanaense/article/view/171/675>. Acesso em: 25 Jul. 2019.

SANTOS, Milton. O retorno do território. In: SANTOS, Milton; Souza, Maria Adélia de A; SILVEIRA, Maria Laura (Orgs.). **Território, globalização e fragmentação**. 4 ed. Hucitec: São Paulo, 1998.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização:** do pensamento único à consciência universal. 19 ed. Rio de Janeiro: Record, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, Sandra Krieger Gonçalves. **O município na Constituição federal de 1988**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003).

SOUZA, Leonardo da Rocha de. Interesse local versus peculiar interesse: análise da atuação dos municípios nas constituições republicanas brasileiras. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 261, p. 115-145, set. 2012. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8853/7674>. Acesso em: 22 Jul. 2019. doi:http://dx.doi.org/10.12660/rda.v261.2012.8853.

STEINBERG, Marília; MANIÇOBA, Regina Souza. Efeitos da centralização e descentralização no processo brasileiro de municipalização: o caso da Região Norte. **Revista Economia, Sociedad y Território**, Toluca: El Colégio Mexiquense, v.5, n.20, p.703-729, enero/abr. 2006.

TORQUATO, Manuela Lourenço Pires. Interesse nacional e peculiar interesse local: como distingui-los? **Pensar**: Revista Científica Direito UNIFOR, v. 6, n. 6, p. 95-106, fev. 2001. Disponível em: https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/1099/1810. Acesso em 04 agosto de 2019.

TORRES, João Camilo de Oliveira. **A formação do federalismo no Brasil**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2017.

A NECESSIDADE DA FOMENTAÇÃO DA POLÍTICA DE ESTADO GERENCIAL NO BRASIL E SUA EFICÁCIA EM FACE DO TERCEIRO SETOR

Igor Labre de Oliveira Barros
Dagmar Albertina Gemelli

INTRODUÇÃO

O trabalho ambiciona a notoriedade na discussão acerca da colocação do Estado na sociedade, tendo em cenário as diferentes expressões já assumidas pelo poder soberano em território nacional, como também, reto às políticas sociais e econômicas globalizadas. Deste modo no desenvolver do trabalho as adjacências da interferência do Estado no corpo social são avaliadas, é uma tarefa árdua que não se limita o objeto a se configurar algo simples como aspiram alguns ideólogos. Sempre que se análisa os campos epistêmicos sobre a questão Estado e corpo social se leva em conta campos como de ordem política, igualitária, econômica, geográfica, ambiental, moral.

Assim reconhecendo a grandeza de ferramentas cogentes para o estudo do papel estatal no panorama interno e global, o contemporâneo trabalho busca explanar questões sobre o domínio de influência econômica e da gestão de negócios públicos à luz da Constituição Federal de 1988 por mediação principal do Direito Administrativo. Após sucinta análise elege-se a alternativa de intervenção estatal que é avaliada mais apropriada para a esfera econômica, assim como para a gestão dos

interesses públicos, a saber o Estado Gerencial, bem como corroborar que o gerencialismo na administração pública necessita de maior desempenho, uma vez que coexiste com lastros do patrimonialismo e da visão burocrática de gestão.

Empregando a metodologia de pesquisa dedutiva, pretende-se demonstrar que o Estado Gerencial é o padrão mais correspondente paro o perímetro atual das sociedades contemporâneas. No primeiro capítulo é exposto sobre o Estado Gerencial brasileiro evidenciando seus ciclos de ampliação, por mediação da historiografia nacional, em seguida aborda-se o exemplo de Estado mínimo, ressaltando como o mais correspondente para a acomodação do modelo gerencial da administração pública com advertências dessa conceituação relevante aos princípios constitucionais e ao final falará se demonstra a importância do desempenho da sociedade civil, no padrão de administração gerencial, como agente eficaz da gestão dos negócios públicos.

I – O Estado Gerencial Brasileiro

Empregar um serviço público de propriedade com os interesses econômicos do Estado e do âmbito privado nunca fora trabalho simples, no entanto, esse parece ser um dos maiores reptos do Estado na contemporaneidade de um mundo intricado em termos de intérpretes e negócio. Na cicatriz que arrasta a ampliação da administração pública no Brasil, dar início no século XX à estruturação e organização de ferramentas estatais que conviessem aos negócios oligarquia. Neste período, o aparelho público identificava-se com o patrimonialismo e clientelismo. "O brocardo era a de um Estado seletivo e que mantivesse a sociedade em estamentos" Holanda (2010, p. 139).

Entretanto, urge a obrigação de trocar um governo de elevado nepotismo e pessoalidade, por um contorno mais impessoal e técnico, passando a existir assim o Estado de direção pública burocrático, imbuído na peleja aos eventos de corrupção e prerrogativas classistas. O molde burocrático que nasce, primeiramente no Brasil, é aquele clássico Weberiano: "racionalidade, impessoalidade, formalidade e meritocracia. Marco importante fora a criação, em 1936, do DASP (Departamento Administrativo do Serviço Público)" Costa (2008, p. 152).

Nos anos de 1950 e 1960 o monopólio do Estado em domínios específicos da economia e no oferecimento dos aparelhos públicos se vê compelido a retroceder. O comando ditatorial, instaurado no Brasil, provocou disseminar pequenos organismos de "modernização" do padrão burocrático, entendendo especialidades dos empreendimentos particulares. O Decreto-Lei nº 200, de 1967 consagrou um aperfeiçoamento da administração pública de caráter sistêmico, deliberando a organização e funcionamento do aparelho administrativo, definindo a altivez entre a administração direta e a indireta.

> Quando a Lei específica cria determinado ente, estabelece a sua finalidade, sempre atrelada ao interesse público. Ou seja, o ente já é criado com sua finalidade especificada pela lei própria, não podendo exercer atribuições livremente. Ademais, em virtude da execução de atividades estatais, essas entidades ficam sujeitas a controle exercido pelo ente da Administração Direta responsável pela sua criação, no exercício do que se denomina tutela administrativa. (VIEGAS, 2010, p. 248)

Antes do momento de redemocratização, pós ditadura, é imprescindível a citação dos movimentos de aperfeiçoamento sobrevindos na égide dos governos militares, que em 1979 "culminaram no Decreto-Lei no 83.740 de 18 de julho que foi uma tentativa de desburocratização e desestatização do serviço público" Bresser-Pereira (1998, p.50). No momento de redemocratização da política do Brasil, a atinada anormalidade econômica, que foi coligada como a conjuntura do Estado Burocrático, apontou a fragilidade da ambição estatal em afiançar a prestação direta dos benefícios públicos.

Informações alusivas à estação proferem que o encargo tributário que era de 5 % no começo do século transpôs a 30% e 60% do PIB. A acepção desse cenário só demonstrou uma anormalidade e imobilidade de um Estado presunçoso, sobrecarregado e ineficiente. Estudiosos da época se colocaram a redefinir a faculdade regulatória do Estado, para reconquistar a governança, então amortecida pela incapacidade financeira, e a administrar sobre púberes alicerces as políticas públicas. Mesmo assim, não ocorreu a abolição total da administração burocrática, ainda porque se é quase

extravagante a aniquilação por completo das ferramentas antecedentes de desempenho.

Ainda que já na maneira reformista, a administração Sarney de 1985, demonstrou embaraço e passos lentos de extensão do regime gerencial. Seu comando agenciou o fortalecimento da administração direta pela confiança de que ela tinha sido desprestigiada em afinidade a administração indireta. Assim fomentou uma inicial versão da Lei Orgânica da Administração Pública Federal, que adviria o Decreto-Lei nº 200/67. Na década de 90, como réplica ao desencadear da inquietação econômica e da ausência de confiabilidade do governo frente à sociedade, "Bresser Pereira, então Ministro da Fazenda, no governo Fernando Henrique Cardoso, lança um plano que tem por fim promover o Estado gerencial no Brasil" Tácio (1999, p. 52).

Em resultado de uma notoriedade gerencial do Estado, a Carta Magna fora reformada pela Emenda constitucional nº 19/1998 que alvitrava a racionalização da administração pública conceituando a descentralização das pertinências do Estado e sua maior eficácia, transformando o regime da gerência pública e dispondo sobre seus princípios e preceitos. No meio das modificações mais expressivas estava a amortização do regime jurídico único para servidores públicos, bem como a transformação na aparência de gestão da máquina pública. Além disso, "tanto o servidor público, quanto o cidadão comum passaram a ter acesso à informação sobre os atos de governo e a reclamar contra o mau funcionamento dos serviços públicos" Costa (2008, p. 145). Faz jus a destaque, também, a composição dada para a implementação das agências reguladoras e os aparelhamentos sociais do terceiro setor, que admitiriam maior flexibilidade e publicidade da administração estatal, através de um controle social.

II. O Padrão de Estado Mínimo

O Estado que se empenha com uma administração pública gerencial, necessita se cingir também dos fastos protocolares que permitam a adaptada implementação deste regime. Dentro desta consideração cabe esboçar o desenho do Estado desejável para tais fins. Nos aperfeiçoamentos administrativos da década de 90, que se firmaram com a chegada da Emenda Constitucional 19 de 1998, estava a sugestão de circunscrição do Estado,

que até então se adjudicaria a salvaguarda e executar diretos dos diversos serviços públicos e direitos sociais, mesmo após determinadas tentativas de concretização de escusa de controle centralizado. O modelo de Estado Mínimo antecipa um enxugamento das pertinências de influência direta do Estado em celeridades ditas não privativas do Estado, "retirando assim a ingerência no âmbito dos interesses individuais e favorecendo o livre mercado" Bobbio (2000, p. 261).

No que se admite ao Estado Brasileiro, não se faculta negligenciar que a constituição de 1988 é uma obstáculo para a afirmação severa de um Estado Mínimo, visto que tal modelo é conflitante com a carta constitucional programática que chama em múltiplas ocasiões a interferência do Estado em diversos setores, até no livre mercado. No entanto as advertências cominadas pela carta magna não implica na invalidação em entender o exemplo de Estado Mínimo vital para a administração gerencial da máquina pública, mesmo que se proporcione um Estado Mínimo manifestado na desestatização do poder público, contida à trava dos preceitos constitucionais. Os programas e os aparatos jurídicos que "proporcionam a existência do modelo mínimo de Estado, na perspectiva gerencial, a saber: privatização, concessões, terceirizações e regulação" Souto (2001, p. 305).

> A instituição da política do esvaziamento das obrigações estatais frente aos Direitos Sociais mínimos: direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, ao trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, (Art. 6º, da CF/88). Em que pese todos os cidadãos, sem distinção, serem sujeitos desses Direitos, certo é que essa proteção visa aos hipossuficientes, os mais fragilizados, aqueles em estado de miserabilidade, dependentes de fato, das prestações materiais a serem postos à disposição pelo Estado. Contudo, o que percebemos é a imposição de um Estado Mínimo, cada vez mais explícito. (NIEBUHR, 2011, p. 134)

A Lei nº 9.491, de 09.09.97 indicou as normas peremptórias a metodologia de desestatização designando o Programa Nacional de Desestatização (PND). A lei determinou os desígnios categóricos dentro da nova

visão da função estatal, "criando critérios sobre os setores que deveriam ser descentralizados e limitando a conduta dos administradores públicos quanto à finalidade dos seus atos" Carvalho Filho (2011, p. 153). A lei 8.987 de 13 de fevereiro de 1995 dispôs a respeito do regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no art. 175 da Constituição Federal, e dá ulteriores providências. Assim como as concessões e permissões a terceirização veio como mais uma opção para desvincular o Estado de celeridades que não careçam de sua intervenção direta. Assim, a administração enxuga seus quadros e dinamiza o desempenho de suas celeridades através de contrato de terceiros.

A terceirização ou locação de serviços, na Administração Pública é regrada pela Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública), não obstante já tenha sido antevista no Decreto-Lei nº 200 de 1967 que "versava da matéria no seu art. 10, § 1º, alínea c, c/c § 7º, em um contexto autoritário e demasiadamente burocrático" Souto (2001, p. 264). Ressalta-se que recentemente entrou em vigor a lei nº 13.800, de 4 de janeiro de 2019 **que** autorizou a administração pública a firmar instrumentos de parceria e termos de execução de programas, projetos e demais finalidades de interesse público com organizações gestoras de fundos patrimoniais e dá outras providências.

Já as Agências Reguladoras são instituídas por meio de leis específicas de cada setor e tem índole de autarquia com regime jurídico especial e agregam a administração pública indireta, fiscalizando e adequando as celeridades dos serviços públicos realizados por empresas privadas, mediante antecedente concessão, permissão ou autorização. A autonomia político-administrativa e o poder de discricionariedade das Agências Reguladoras são admitidos pelo seu formato de autarquia de regime especial. Tal propriedade faz-se de extremo destaque, haja vista, lidar com assuntos que abarcam valoração política. Suas resoluções carecem sempre ser excepcional a elevada austeridade de método para os apropriados fins do setor que adequada.

> A criação das Agências Reguladoras se deu com o Programa Nacional de Desestatização. Com o objetivo de reduzir o déficit público, passou-se à iniciativa privada atividades que eram dispendiosas para o Estado, transferindo a prestação de serviços a entidades

> privadas, com a intenção de reduzir gastos e buscar uma maior eficiência na execução destas atividades. Ocorre que esse afastamento do Estado passou a demandar a existência de órgãos reguladores, nascendo, assim, a necessidade da criação desta espécie de autarquia. Ela é criada em regime especial para fiscalizar, regular, normatizar a prestação de serviços públicos por particulares, evitando a busca desenfreada pelo lucro dentro do serviço público. (MOTTA, 2011, p. 372)

A independência política, normativa e técnica das agências reguladoras são cogentes para o seu bom funcionamento, não oponentes tais estimas, a Comissão de Constituição e Justiça do Senado (CCJ) aprovou em 30/09/2015, o projeto da Lei Geral das Agências Reguladoras (PLS) 52/2013. A proposta, que é componente da Agenda Brasil, estabelece regras referentes à gestão, organização e organismos de controle social das agências reguladoras federais e agencia ainda adaptações nas leis peculiares de criação de cada uma delas. Conforme abordado na análise da CCJ do Senado Federal a proposta tem desígnio de separar uma das fundamentais deformidades no modelo vigente, "que é o exercício de competências de governo pelas agências reguladoras, como a absorção da atividade de formulação de políticas públicas e do poder de outorgar e conceder serviços públicos" Brasil- Senado Federal (2013, *on line*).

Por este prisma, da coexistência circular entre aparatos burocráticos e gerenciais na administração pública contemporânea, imprescindível ressaltar a lei de licitações 13.303 que foi aprovada em 30 de junho de 2016 constituindo o estatuto jurídico das empresas públicas, sociedades de economia mista e de suas subsidiárias. A incorporação do RDC (regime diferencial de contratação) é vista com ressalvas por elevar a sugestão ser diferente do projeto de lei 53 das agências reguladoras, devido privilegiarem a autonomia e determinado alcance de discricionariedade das empresas prestadoras de serviço público em designação da concorrência e especificidade dos assuntos ajustadas por elas.

Sobre os aparelhos de desestatização da administração pública tem-se a PPP (Parceria Pública e Privada). A lei 11.079 de 2004 institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no domínio da administração pública, o Art. 2° expõe que a "Parceria público-priva-

da é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa." As organizações sociais (OS) são adequadas pela Lei 9.637 de 1998 e se compõem mediante cadastro no registro civil de pessoas jurídicas (Art. 45 CC e Art.114 Lei 6.015/73). Seu desempenho é mediante ato administrativo discricionário, destaca-se o seu poder de autonomia, do mesmo modo, de ato administrativo vinculado, uma vez que carece completar adequadas condição e desempenhar obrigações conjeturadas no Art. 2 II, Art. I e 16 da Lei.

> Ademais, a Lei 11.079/2004 regulamenta duas novas espécies de concessão, denominadas de parcerias público-privadas. Nesse diploma legal, há a previsão da celebração de contratos de concessão patrocinada ou de concessão administrativa. Em ambos *os* casos, o art. 10 do referido diploma legal define a exigência de licitação na modalidade concorrência. (MENDES, 2010, p. 293)

Essa entidade está vinculada ao Poder Executivo, Ministro ou Titular do Órgão do seu Objeto Social ou do Estado de Administração, Art. 2 II, e consente a veemência pública ao notabilizar os contratos de gestão. As OSs têm indispensável divulgação no diário oficial da União do balanço financeiro. A Lei 9.637 de 1998, ainda, estatui fronteiras e critérios do salário de dirigentes, empregados, a execução com apreciação do relatório de contorno periódico por bancada de ponderação e averiguação de irregularidade com conseguinte requerimento ao Ministério Público, Advocacia Geral da União ou Procuradoria a decretação da indisponibilidade dos bens da entidade e sequestro dos bens de dirigentes ou terceiros.

As Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) são reguladas pela Lei 9.790 de 1999 e tem sua composição realizada assim como a OS, pelo cadastro no registro civil de pessoas jurídicas (Art. 45 CC e Art.114 Lei 6.015/73). Atuam variavelmente das OSs, somente, por atos administrativos vinculados (Preenchimento dos Requisitos - Art. 1 §2 e 6 §3). Sua autoridade está acoplada ao Poder Executivo, Ministério da Justiça, para fins de Certificado de Qualificação e capacitação para concluir termo de companhia com poder público. A OSCIP necessita ter Estatuto Registrado, Ata da Eleição da Diretoria, Balanço Patrimonial, Declaração de Isento IR e Inscrição no Cadastro Geral de Contribuintes

(Art. 5). Para existir outorga de designação como OSCIP, a organização tem que possuir desígnio não-lucrativo, além de não ser ocluso pelo Art 2º da lei como é a ocorrência dos sindicatos e instituições religiosas.

O seu estatuto social tem que ter a observância dos princípios do Art. 37 da CRFB, alusivos à administração pública, cláusulas de prestação de contas, conselho fiscal ou órgão análogo, pagamento para atuação efetiva ou característica dentro dos valores de mercado. Entretanto, não demanda participação de agente público no conselho de administração. Quanto à vistoria de suas pertinências os órgãos do poder público e conselhos de políticas públicas desempenham a fiscalização do desempenho com apreciação do relatório de forma repetitiva por comissão de avaliação que verifica possíveis anormalidades e assim ocorrendo "requerer ao Ministério Público ou Procuradoria a decretação da indisponibilidade dos bens da entidade e sequestro dos bens de dirigentes ou terceiro Leite (2013, p. 186).

III – O Terceiro Setor e a Gestão dos Interesses Públicos

O terceiro setor é coligado hodiernamente pelas Organizações Sociais e pelas Organizações Sociais da Sociedade Civil de Interesse Público é o componente da administração pública que melhor admite a participação popular, uma vez que "se configura pela iniciativa privada sem fins lucrativos, cujo objeto está intimamente ligado ao atendimento de direitos básicos da cidadania" Carvalho (2012, p 179).

A respeito destas coordenações sociais que apresentam celeridade de interesse público recai título jurídico característico, que as rotulam para ganharem financiamento estatal e permanecerem sujeitas a rigoroso regime de compromissos. No entanto as normas que adéquam estes aparelhos do terceiro setor vêm como réplica ao enfraquecimento que se instaurou em afinidade às instituições que ganhavam título jurídico de atividade de veemência pública e, por consecutivo fomento financeiro estatal. Elas foram utilizadas e manuseadas por uma alongada temporada de tempo por parlamentares, que desviaram graúdas totalidades de dinheiro público em nome de celeridades sociais. Nada obstante, o regramento mais rígido e intransigente que receberam as organizações da sociedade civil para que facultassem de se rotular e receber o título jurídico, não sugere "ter alo-

cado fim aos méritos pérfidos e patrimonialistas que persistem em aparecer no âmbito dessas entidades, inclusive, interesses políticos partidário" Tourinho (2012, p 185).

> As organizações sedais, por integrarem o Terceiro Setor, não fazem parte do conceito constitucional de Administração Pública, razão pela qual não se submetem, em suas contratações com terceiros, ao dever de licitar, o que consistiria em quebra da lógica de flexibilidade do setor privado, finalidade
>
> por detrás de todo o marco regulatório instituído pela Lei. Por receberem recursos públicos, bens públicos e servidores públicos, porém, seu regime jurídico tem de ser minimamente informado pela incidência do núcleo essencial dos princípios da Administração Pública (CF, art. 37, *caput),* dentre os quais *se* destaca o princípio da impessoalidade, de modo que suas contratações devem observar o disposto em regulamento próprio (Lei n" 9.637/98, art. 4°, VIII), fixando regras objetivas e impessoais para o dispêndio de recursos públicos. (MARTINS JÚNIOR, 2014, p. 145)

Impende fazer uma ponderação mais crítica, aceito que, a maior severidade metodológica e legalística não fora hábil de barrar o emprego do terceiro setor para ardis e veemências políticas partidárias. Assim, muito mesmo que, uma legislação mais concisa como foi o evento das leis das OSs e OSCIPs seja admirável, contudo, não abstrai uma atuação estatal maior e rigorosa no tocante à coercitividade, à repressão e à vistoria das anormalidades. Não oponente, a inovadora lei de licitações (Lei 13.303/2016) preocupada com a corrupção e enganos no terceiro setor prescreve que os aparelhamentos não governamentais (ONGs) e organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPs) que ganhem recursos orçamentários carecem ser sujeitadas a cumprir licitações para aquisições e acordo de serviços.

A deliberação de recrudescer o regime de governo do terceiro setor, por meio da lei de licitações, evidencia a predileção do comando por técnicas que conformam a gestão burocrática da administração pública. A autonomia operacional do terceiro setor "fora amortizada, na medida em que foi comparado com as atividades do segundo setor, com empresas

privadas prestadoras de serviço público" Costa (2008, p. 157). Ainda, a demasiada unificação e condicionamento à regras gerais, "no caso das atividades de terceiro setor que são bastante diversificadas (saúde, educação, infraestrutura, dentre outros) pode causar danos a sua eficiência, qualidade e resultado". Modesto (1997, p. 196).

O terceiro setor possui também uma formidável função, que é o de admitir a performance engajada da sociedade civil em adjacência da solidariedade social. Tais termos se reproduzem acerca do objeto ajustado pelas organizações sociais de interesse público, a ciência, desígnios conectados à saúde, ensino, desporto, saneamento básico, infraestrutura, tradições, meio ambiente, dentre outras áreas sensivelmente ligadas ao agenciamento da cidadania. As celeridades do terceiro setor estão densamente acopladas com os escopos constitucionais, com inclusão, por meio da preceituação dos seus títulos fundamentais. Neste aspecto, a sociedade civil atua como salvaguarda do implemento das normas constitucionais, caso atue ativamente no ateio de políticas públicas volvidas para a coletividade. Cita-se a exemplo o trabalho realizado pelo GEDA[11] (Grupo de Estudos de Direito Administrativo) em Palmas – Tocantins, que em parceria do Tribunal de Contas do Tocantins com o CEULP\ULBRA realizam frequentemente palestras para a comunidade sobre o controle social exercido através dos conselhos municipais.

Deste modo, o terceiro setor depara como um ambiente de diálogo e informação. A sociedade se informa acerca do funcionamento do Estado e sobre a conveniente participação, cominando também do encargo dos temas de veemência grupal. Já o poder estatal estuda a ser mais compassivo e assertivo na consideração de questões e a ajustar organismos burocráticos para a interlocução. Tal permuta, agencia efeitos mais diligentes em adjacência de "políticas públicas, como também obtém resultados cívicos (reconhecimento e legitimidade de atores, das demandas e decisões geradas, com compromissos recíprocos na esfera pública)" Carvalho (2012, p. 370).

11 Para mais informações sobre o Grupo de Estudos de Direito Administrativo acesse < http://ulbra-to.br/geda/>. Acesso em 25 de março de 2019.

> O mesmo pode-se dizer em relação às entidades do chamado terceiro setor, analisadas em capítulo próprio, que atuam, mediante vínculo específico, ao lado do Poder Público, executando atividades de interesse coletivo, sem finalidade lucrativa, exercendo um diálogo com a Administração para a boa execução da atjvidade estatal. É com base nisso que se costuma afirmar que a Administração do diálogo auxilia numa prestação de serviços mais eficiente.
>
> Adernais, além de consectário do direito fundamental à boa administração pública, a noção de administração pública dialógica pode ser considerada também uma decorrência do princípio da segurança jurídica, mais especificamente de proteção da confiança ou das noções de 'admínistraçáo pública dialógica: do qual se colocam em posição proeminente primados jurídicos de relevância ímpar, tais como o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, a noção de participação, entre outros aspectos dotados de status constitucíonal, pode ser igualmente considerado uma decorrência lógica da noçáo de 'proteção da confiança.(ZOCKUN, 2011, p. 140)

Dentre os modos do cidadão comum compartilhar das atividades do terceiro setor estão as palestras, conselhos e conferências agenciadas pelas organizações sociais sem fins lucrativos. Também, há a alternativa do voluntariado junto a estes institutos, bem como a designação de nova entidade, que consentindo as condições legais.

Conclusão

O assunto reproduz à avaliação e à problematização de qual seja a forma do Estado mais adaptada para acondicionar os interesses públicos. A conservação do Estado Gerencial e dos aparatos jurídicos para a sua implementação tropeça em veemências políticas, econômicas, na influência mútua dos mercados mundiais e, no caso brasileiro, na Constituição Federal alagada pela positivação de direitos sociais, a aspiração fora a de apontar o Estado Gerencial não como um padrão completo e sem mácula, mas, antes, como uma amostra conciliatória frente aos múltiplos empenhos antagônicos e mais adaptados aos atores sociais emergentes da con-

temporaneidade.

O Estado brasileiro tem uma predileção de centralizador papéis, responsabilidade e a execução de tarefas. Seja para alimentar o empenho de classes, como na gerência patrimonialista, seja para perpetuação de domínio, na administração burocrática. Todavia, as crescentes demandas sociais e o progresso do direito positivado praticaram ruir itens do paternalismo estatal, que se vira compelido a praticar estruturas de desconcentração e desestatização da administração.

O ciclo "burocracia-gerencialismo" fora arrastado até os anos 90, quando, então, o governo se viu coagido por causa da atinada crise fiscal e de governança a pôr em curso peremptório o modelo gerencial de administração pública, marcado por várias privatizações, concessões, dentre outros concertos de companhia com a ação privada.

A mudança também foi compelida, haja vista, ser decorrência direta de uma onda mundial de modificação na gestão pública. O padrão burocrático, entretanto, não fora completamente trocado e coexiste, ainda, hoje, com o gerencial. O pretexto, por certo, se deve ao fato da burocracia estatal estar acoplada as prerrogativas políticas, que tem como corolário centralização, uniformização, padronização e paternalismo, tudo, a fim de abonar planos de perpetuação no poder.

O exemplo gerencial eleva a sociedade civil na gestão dos interesses públicos, a saber, como prestadora de serviços públicos. De acordo com a natureza da matéria combinada pelo terceiro setor, a influência mútua social é basilar e salutar, além de referir com a expertise propiciada pela junção de profissionais de distintas áreas. Observar-se, assim, o modo de concepção, designação e desqualificação das disposições do terceiro setor, que computam com formidável conhecimento popular e com um regime jurídico exclusivo quanto à publicização de seus atos. Deste modo é necessário uma administração pública dos empenhos públicos socializada, desburocratizada e mais autônoma, sem abstrair da rigidez fiscalizatória do Estado.

Referências bibliográficas

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**: para uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p.261.

BRASIL. **Senado Federal**. Disponível em: < https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/111048>. Acesso em: 20 março. 2019.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **A reforma do Estado dos anos 90:** lógica e mecanismo de controle. Lua Nova Revista de Cultura e Política, nº. 45, 1998, p. 50.

-----. **Uma reforma gerencial da administração pública no Brasil.** Revista do Serviço Público, nº. 1, Jan-Mar 1998, p. 49.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Estado mínimo x Estado máximo:** o dilema. Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora – RPGMJF, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 152 - 211, jan./dez. 2012.

CARVALHO, Débora Nacif de.**Terceiro Setor:** a sociedade por ela própria. Revista Brasileira de Administração. Ano XII, n. 38. set. 2012, p. 179 - 370.

COSTA, Frederico Lustosa. **Brasil:** 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas. Revista de Administração Pública – FGV, Rio de Janeiro, maio. 2008, 145 – 157.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil.** 2. Ed., revista e ampliada. Rio de Janeiro, José Olympio. 2010, p. 139.

LEITE, Marco Antônio S. **O terceiro setor e as organizações da sociedade civil de interesse público OSCIPs.** Disponível em:<http://tupi.fisica.ufmg.br/~michel/docs/Artigos>. 2013, p. 179 – 189. Acesso em: 14 de março de 2019.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 145.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 293.

MODESTO, Paulo. **Reforma Administrativa e Marco Legal das Organizações Sociais no Brasil:** As dúvidas dos juristas sobre o Modelo das Organizações Sociais, In: Revista de Direito Admi-

nistrativo, Rio de Janeiro, out./dez., pp.195-212; Revista do Serviço Público, Brasília, ano 48, n. 2, maio/ago. 1997, pp. 27-57.

MOTA, Maurício Jorge. **Responsabilidade cível do Estado legislador.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 372.

NIEBUHR Joel de Menezes. **Dispensa e inexigibilidade de licitação pública.** Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 134.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização, privatização, concessões, terceirizações e regulações.** 4. ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: lumen Juris, 2001, P. 264-305.

TÁCITO, Caio. **A reforma do Estado e a modernidade administrativa.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 215, jan./mar. 1999, p. 50 – 63.

TOURINHO, Rita. **Terceiro Setor no ordenamento jurídico brasileiro:** constatações e expectativas. Revista Brasileira de Direito Público, v 8, n 30, p. 157-198, jul./set. 2012

VIEGAS, Cláudia. Falhas de mercado: causas, efeitos e controles. **Direito econômico:** direito econômico regulatório. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 248.

ZOCKUN, Maurício. **Responsabilidade patrimonial do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 140.

O PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO ILIMITADO: ENTRE O POSITIVISMO E MUDANÇAS DE PARADIGMAS

Pedro Léo Alves Costa

1. Introdução

Desde a ascensão do movimento neoconstitucionalista no pós-guerra e o nascimento da Lei Fundamental de Bonn (MARTINS, 2018, p. 78), o Direito Constitucional caminha para novos rumos, mais ainda no que tange a discussão da força normativa das Constituições, eficácia, a questão dos direitos fundamentais e sua aplicabilidade em todos os campos, seja no âmbito público ou privado, que se desdobra em uma força irradiante, bem como um dever de proteção máxima da norma constitucional (SARLET, 2012, p.147).

A criação de novas cartas políticas democráticas, como a do Brasil de 1988, diante da influência dessa nova corrente, fez a doutrina repensar conceitos outrora permeados pelo positivismo clássico: como o isolamento do direito (MÖLLER, 2011, p. 78); a aplicação da letra fria da lei e um direito estanque, sem nenhuma influência no campo social, cultural ou político; um discurso jurídico que se baseasse a si próprio, não levando em consideração a ordem político-ideológica ou empírico-sociológica (HESPANHA, 1997, p. 194) e a ciência jurídica constituindo-se absoluta, tornando ela mesma o objeto único de seu estudo.

Tal mudança se vislumbrou também na questão do poder constituinte originário, objeto deste estudo. Há muito tempo há uma discussão

doutrinária quanto a questão da sua limitação: para a doutrina clássica, dos juspositivistas, o poder constituinte originário seria livre e soberano, sem limitações, podendo, inclusive, criar uma nova Constituição ao arrepio de direitos básicos.

Noutro giro, há quem diga que não: apesar do poder constituinte primário ser uma manifestação excepcional de uma autoridade política dada ao povo, materialização rara e extraordinária de vontade ordenadora de um Estado (MORAES, 2014, p. 193), este não seria desprendido de limites de ordem natural ou inerentes a formação e condição humanas, como os direitos fundamentais, entendimento, pois, dos jusnaturalistas, corrente que se fez ressurgir com o próprio movimento pós-positivista, no qual deu primazia, como se viu, a tais questionamentos.

Com isso, este artigo quer revelar uma superação da forma de pensar clássica, que influenciou a doutrina e jurisprudências pátria, demonstrando que apesar de ser dada uma prerrogativa nata ao poder constituinte originário, que é a sua ilimitabilidade total, tal qual se firmam os clássicos, a nova forma de vislumbrar o Direito Constitucional deu uma guinada, revelando que alguns direitos basilares e princípios estruturantes vieram pra mudar este paradigma, trazendo, assim, um limite a tal criação normativa excepcional.

2. O nascimento de uma nova Constituição: o poder constituinte originário

É sereno na doutrina que o conceito inicial do que seria o poder constituinte foi desenvolvido, em plena eclosão da Revolução Francesa, pelo francês Emmanuel Joseph Sieyès, ou abade Sieyès, que destacou e fundamentou o tema na sua obra *Qu'est-ce que le tiers État?* (O que é o Terceiro Estado?).

Representou um manifesto da causa revolucionária, onde foram levantadas reivindicações da classe em ascensão, a burguesia, frente à luta contra o regime absolutista reinante, bem como aos privilégios das outras duas expressões do Estado à época, o clero e a nobreza (JÚNIOR, 2009, p. 236). Canotilho (2002, p. 65), partindo dessa ideia, ensina que a ideia de poder constituinte se junta a outras questões complexas e controversas da teoria política e da constituição, filosofia e ciência política.

Assim, de modo genérico, se conceitua o poder constituinte como aquele que cria ou reforma uma Constituição. Mas a doutrina constitucionalista vai além: este ato simbólico de criação vai ao encontro com questões de "poder", "força" e "autoridade" políticas que estão em plenas condições de, em uma determinada situação concreta, fazer surgir, garantir ou eliminar uma norma fundamental, sendo portanto, este poder, a potência consciente de si que resolve disciplinar os fundamentos do modo de convivência de uma comunidade (BRANCO; MENDES, 2012, p. 117).

Partindo-se desse pressuposto, se pode perguntar, e quem seria o titular do poder constituinte? Vários entendimentos já se sobrelevaram para os estudiosos: de Deus, do monarca, do Parlamento, de uma classe dominante. Para Sieyès, e sua doutrina percursora, o poder constituinte se sustentava enquanto titularidade na nação, detentora, em sua plena liberdade, do poder de criar uma nova Constituição.

Contraposta a tal ideia, há hoje um entendimento diferente no qual entrega a titularidade do poder constituinte ao povo, que o exerce, em regra, por meio de seus representantes, conforme informa a própria Constituição Federal de 1988: "todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição", é a adoção da teoria da soberania popular.

Povo, destarte, com um sentido plurívoco, conglobado num conjunto de forças culturais, sociais e políticas, tais como grupos, igrejas, associações, grandes personalidades decisivas e influenciadoras da formação de vontades nos momentos anteriores a criação de uma Constituição e nos próprios procedimentos constituintes. Canotilho (2002, pp. 75-76) trata essa concepção como um "povo real", comunidade aberta de sujeitos constituintes que entre si se contratualizam e pactuam o modo de governar a *polis*, possuindo, assim, o poder de conformação da conjuntura política e social de uma sociedade.

Partindo dessas noções conceituais, alguns atributos se irrogam ao poder constituinte, dentre eles, por exemplo, que é inicial, autônomo, incondicionado, permanente (ou latente) e (i)limitado.

Inicial, por instaurar uma nova ordem jurígena, antecedendo o ordenamento anterior. O que vem a significar que há um rompimento, revogando a Carta anterior (se existir) e toda a legislação infraconstitucional passada, se por ventura seja com ela incompatível materialmente. Por isto

mesmo, o poder constituinte primário ser considerado "constituinte e desconstituinte", na medida em que, quando faz surgir uma nova ordem normativa constitucional, desconstitui *ipso facto* a pregressa (JÚNIOR, 2009, p. 236).

É autônomo, porquanto a estruturação dessa nova norma será autossuficiente: só ao seu exercente cabe pré-fixar os termos e condições em que a nova Constituição será estipulada e qual a forma do direito, dentro da sistemática jurídica, deverá ser implementada (JÚNIOR, loc. cit.).

Tem a característica de incondicionado, por ter o condão de exercício sob qualquer forma ou maneira, sem possuir qualquer formula preexistente, não estando sujeito a nenhum procedimento. Blanco de Moraes (2014, pp. 199-202), reza que o *modus operandi* de exercício desta criação pode ainda se subdividir em democrática, autocrática ou mista. A primeira, implica a intervenção do povo no procedimento, através de um sufrágio livre, competitivo, igual e com equivalência de opções, sendo a mais clássica a forma representativa, através de uma Assembleia Nacional Constituinte, como foi a Constituição do Brasil de 1988, ou por um parlamento investido nesse poder, criando, desta forma, as constituições promulgadas. A segunda, também chamada de autoritária, implica que o poder constituinte não advém de uma vontade popular livre e competitivamente expressa. Mas, de intervenções de órgãos não eleitos democraticamente ou colégios eleitorais inaptos para proferir uma vontade livre e plural, reconduzindo centros de decisão não escolhidos que exercem *de iure* e *de facto* o poder, atuando em nome do povo através de um mandato tácito ficcionado. Produziu, por exemplo, as constituições outorgadas, como o foi a "Constituição da Mandioca" do Brasil em 1824 ou a Constituição de 1937, aprovada por decreto presidencial de Getúlio Vargas. Já a mista, leva a uma aglutinação de elementos democráticos e não democráticos no exercício do poder original, como o são a "pactícia de caráter legitimário" e a "plebiscitária" realizada em condições minimamente livres e regulares, produzindo, por exemplo, a Constituição Portuguesa de 1838, a Constituição Russa de 1993 e a Constituição Chilena de 1980, elaborada pela Comissão Ortúzar, presidida por Pinochét.

O poder originário é também permanente ou latente, já que não se esgota com a edição de uma nova Carta, no sentido de que o povo, conquanto tenha tomado uma decisão, pode revisa-la, mudar posteriormente

essa decisão, sobrevivendo a ela e fora dela como forma e exteriorização da liberdade humana, em verdadeira abstração de subsistência, reavivando-se desse estado de inércia, até que haja uma nova situação na qual justifique e requeira a quebra abruta da ordem jurídica posta para uma completamente original (LENZA, 2016, p. 220). Manuel Gonçalves Ferreira Filho (2014, p. 79), lembra que essa característica advém da fórmula clássica prevista no bojo da *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão), admitidos em Convenção Nacional na França em 1793, que no seu artigo XVIII aduz: "um povo tem sempre o direito de rever, de reformar e de mudar a sua Constituição: - uma geração não pode sujeitar às suas leis as gerações futuras."

Por fim, a última característica trata da limitação à criação do poder constituinte: será ela total ou não? Para analisarmos o cerne desta questão, deve-se partir de uma reflexão que vai além do trato puramente teórico, chegando a um ponto de vista bem mais abrangente, já que para entender a controvérsia é preciso dividir os entendimentos.

Há os positivistas, que veem o poder constituinte originário como um poder fático, histórico, que não possui qualquer base advinda de normas jurídicas. Concluindo que este, como se encontra situado fora da fronteira do direito, não se submete, pois, a qualquer limitação no âmbito de seu exercício. Tal posicionamento doutrinário foi o que se fez prevalecer na doutrina mais tradicional por um bom tempo, inclusive essa é a jurisprudência pacificada do Supremo Tribunal Federal.

Em contrapartida rejeitando tal ideia, pela compreensão dos jusnaturalistas, há uma visualização do poder originário como um poder de direito, com nascedouro e validade no direito natural, direito este, aliás, que também o regula, sendo sua fronteira ou marco divisório de limitação. O direito natural, e o que adviesse dele, assim, não poderia ser excluído em uma nova Carta, mesmo diante da inexistência de limitação que por ventura estivesse prevista em norma positivada.

3. A adoção do juspositivismo no Brasil e em Portugal

Ao adotar o positivismo, leva-se em conta que o ordenamento jurídico gira em torno do próprio direito positivo, ou seja, apenas a norma posta, e somente ela, importa, independente da matéria ou conteúdo. Esse é o entendimento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2014, pp. 75/76),

ensinando que "devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve. Com efeito, isto é o pressuposto – lógico – da obrigatoriedade da Constituição". Concluindo, assim, que o poder constituinte originário é tão livre e ilimitado que a sua produção deverá ser respeitada a todo custo, mesmo descambando em uma realidade iníqua, que fira, por exemplo, direitos fundamentais.

Já Canotilho (2002, p. 81) reza que essa concepção advém da teoria clássica do poder constituinte, pelo menos no seu figurino francês. E que em toda sua radicalidade o poder originário é concebido como totalmente desvinculado e onipotente, podendo fazer tudo como se partisse do nada político, jurídico e social, essa lógica é a da teologia política que envolveu sua caracterização em 1789. Ao poder constituinte, na época, foram reconhecidos atributos divinos: *potestas constituens, norma normans, creatio ex nihilo*, ou seja, o poder de constituir, de editar normas e de criação a partir do nada.

Para a jurisprudência da Suprema Corte Brasileira esse é o posicionamento adotado, conforme se vislumbra no voto de lavra do Ministro Cesar Peluzo na ADI 2.356 (BRASIL, 2011):

> EMENTA: MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 2º DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 30, DE 13 DE SETEMBRO DE 2000, QUE ACRESCENTOU O ART. 78 AO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS. PARCELAMENTO DA LIQUIDAÇÃO DE PRECATÓRIOS PELA FAZENDA PÚBLICA. 1. O precatório de que trata o artigo 100 da Constituição consiste em prerrogativa processual do Poder Público. Possibilidade de pagar os seus débitos não à vista, mas num prazo que se estende até dezoito meses. Prerrogativa compensada, no entanto, pelo rigor dispensado aos responsáveis pelo cumprimento das ordens judiciais, cujo desrespeito constitui, primeiro, pressuposto de intervenção federal (inciso VI do art. 34 e inciso V do art. 35, da CF) e, segundo, crime de responsabilidade (inciso VII do art. 85 da CF). 2. O sistema de precatórios é garantia constitucional do cumprimento de decisão judicial contra a Fazenda Pública, que se define em regras de natureza processual conducentes à efetivida-

de da sentença condenatória transita em julgado por quantia certa contra entidades de direito público. Além de homenagear o direito de propriedade (inciso XXII do art. 5º da CF), prestigia o acesso à jurisdição e a coisa julgada (incisos XXXV e XXXVI do art. 5º da CF). 3. A eficácia das regras jurídicas produzidas pelo poder constituinte (redundantemente chamado de "originário") não está sujeita a nenhuma limitação normativa, seja de ordem material, seja formal, porque provém do exercício de um poder de fato ou suprapositivo. Já as normas produzidas pelo poder reformador, essas têm sua validez e eficácia condicionadas à legitimação que recebam da ordem constitucional. Daí a necessária obediência das emendas constitucionais às chamadas cláusulas pétreas. 4. O art. 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, acrescentado pelo art. 2º da Emenda Constitucional nº 30/2000, ao admitir a liquidação "em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos" dos "precatórios pendentes na data de promulgação" da emenda, violou o direito adquirido do beneficiário do precatório, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Atentou ainda contra a independência do Poder Judiciário, cuja autoridade é insuscetível de ser negada, máxime no concernente ao exercício do poder de julgar os litígios que lhe são submetidos e fazer cumpridas as suas decisões, inclusive contra a Fazenda Pública, na forma prevista na Constituição e na lei. Pelo que a alteração constitucional pretendida encontra óbice nos incisos III e IV do § 4º do art. 60 da Constituição, pois afronta "a separação dos Poderes" e "os direitos e garantias individuais". 5. Quanto aos precatórios "que decorram de ações iniciais ajuizadas até 31 de dezembro de 1999", sua liquidação parcelada não se compatibiliza com o caput do art. 5º da Constituição Federal. Não respeita o princípio da igualdade a admissão de que um certo número de precatórios, oriundos de ações ajuizadas até 31.12.1999, fique sujeito ao regime especial do art. 78 do ADCT, com o pagamento a ser efetuado em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos, enquanto os demais créditos sejam beneficiados com o tratamento mais favorável do § 1º do art. 100 da Constituição. 6. Medida cautelar deferida para suspender a eficácia do art. 2º da Emenda Constitucional nº 30/2000, que introduziu o art. 78 no ADCT da Constituição de 1988.

Nesse contexto, é que surge a ideia de que não há inconstitucionalidade nas normas constitucionais produzidas originariamente, não podendo ser exercido controle de constitucionalidade sobre elas. O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, já decidiu que a teoria das "normas constitucionais inconstitucionais" de Otto Bachoff não pode prevalecer no nosso sistema jurídico, corroborando, com isso, todo esse contexto de ilimitação total do poder constituinte originário. Assim é o teor do julgamento da ADI 4.097, também de lavra do Ministro Cesar Peluzo (BRASIl, 2008):

> EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ADI. Inadmissibilidade. Art. 14, § 4º, da CF. Norma constitucional originária. Objeto nomológico insuscetível de controle de constitucionalidade. Princípio da unidade hierárquico-normativa e caráter rígido da Constituição brasileira. Doutrina. Precedentes. Carência da ação. Inépcia reconhecida. Indeferimento da petição inicial. Agravo improvido. Não se admite controle concentrado ou difuso de constitucionalidade de normas produzidas pelo poder constituinte originário.

Em Portugal, a adoção do positivismo é evidente.

Blanco de Moraes (2014, p. 220), por exemplo, traz em sua obra a dicotomia dessas duas correntes doutrinárias, mostrando a problemática no que toca a limitação do poder constituinte originário, reafirmando que as "normas constitucionais geradas por um poder constituinte soberano não podem, salvo casos de autolimitação livremente adotada, ser declaradas inválidas por referência a parâmetros normativos supraconstitucionais", justificando que é a sua "origem fáctica e existencial de ato de rutura, a sua imputação ao soberano feito povo, a sua pré-existência em relação à Constituição que por ele é legitimada e a liberdade e incondicionalidade que inere à vontade política expressa que permitem qualificá-lo como uma decisão fundamental".

Segundo o autor (2014, p. 221), há duas possíveis espécies de limitação ao poder constituinte originário: os de natureza transcendentes, imperativos de direito natural ou de valores éticos superiores de uma consciência coletiva, como, por exemplo, os direitos fundamentais radicados

na dignidade da pessoa humana e os de natureza imanentes, decorrentes da ''noção do poder constituinte formal enquanto poder situado que se identifica por certa origem e finalidade e se manifesta em certas circunstâncias'' no qual envolveria também os limites que se reportam à soberania e forma do Estado. Entretanto, tais limites não podem criar barreiras ao ato normativo do poder constituinte originário, mesmo quando, por exemplo, os limites transcendentes tenham tomado lugar de destaque após a Segunda Guerra, com o movimento neoconstitucionalista.

A razão disso se daria pelo fato de que os limites transcendentes ''carecem de uma aceitação unívoca no que tange a serem estruturas garantísticas de bens jurídicos inquestionáveis'' (MORAES, 2014, pp. 222/223). Depois, verifica-se, que no plano da prática constitucional, o não aceitamento por completo de certas ordens jurídicas, com alguns valores que aparentemente são indubitáveis pelos suprapovitivistas do Estado de Direito democrático, não logra retirar a validade constitucional às normas que possam relativizar esses bens, assim:

> seria concebível perspectivar a inconstitucionalidade de normas constitucionais do ordenamento mais antigo do universo democrático, que é o norte-americano, pelo facto de as mesmas admitirem nos estados federados a consagração da pena de morte? Serão inconstitucionais as disposições da maioria das constituições europeias quando são interpretadas pela Justiça Constitucional, no sentido de o direito à vida, o *mais absoluto de todos os direitos absolutos,* poder ser severamente restringido por força da legalização da interrupção voluntária da gravidez por razões sociais e económicas?

Desta forma, analisando o contexto doutrinário do professor lusitano, o jusnaturalismo se mostraria inapto como um fundamento objetivo de limitação ao poder constituinte em virtude do ''carater instável e movediço dos bens jurídicos fundamentais que o pressupõe'', da ''leitura subjetivista que se pode fazer dos referidos bens'' e da ''falta da sua aceitação plena na comunidade, como um 'dever-ser'objetivo'' (MORAES, loc. cit.). Ou seja, seria justo rechaçar e censurar o sistema islâmico da *sharia* (sistema jurídico teocrático islâmico), quando esta é a realidade social daquele sistema constitucional, mesmo este ordenamento ferindo alguns direitos

inerentes ao homem, como a liberdade da mulher? O professor responde que não: o poder constituinte originário pode tudo.

No que tange aos limites imanentes estes também não poderiam restringir a atuação do poder originário, inclusive aquelas normas imperativas internacionais (as normas de *jus cogens*), visto que o poder soberano "nunca poderá colidir com realidades inseparáveis do Estado a que respeita", o que não se aceitaria, por exemplo, que um "Estado soberano que continuasse a pretender manter-se como tal, viesse a perder sua independência; que um Estado federal passasse a assumir carácter unitário; e que um Estado democrático se viesse a fundar numa ideia de Direito autoritário." (MORAES, 2014, loc. cit.)

Tal razão se dará simplesmente por não existir supremacia do direito cogente sobre uma Constituição originária e não haver uma via "substantiva, jurisdicional e processual" que permita a declaração da invalidade de normas constitucionais por contradição a normas criadas pelo próprio poder originário, que sempre seriam constitucionais (MORAES, 2014, p. 227).

Assim, imaginando uma nova Constituição sendo criada e que esta adote normas que firam princípios basilares, como o artigo 2º do Tratado de Lisboa de 2007[12]. Para o autor, o que pode acontecer é este Estado sofrer uma pretensa sanção internacional por tal criação, mas jamais perderá sua legitimidade e subsistência conquanto Estado soberano regido pela Carta que adotou.

Por exemplo, mencionando o caso europeu da Hungria em 2012:

> uma situação ambígua desta natureza esteve algo presente com a aprovação de uma nova Constituição Húngara de 2012. Não estando em causa a essência da democracia, nem a defesa da dignidade da pessoa humana, verifica-se, no entanto, que a nova Lei Fundamental criou pressupostos, diretos e indiretos, para uma redução

12 ARTIGO 2º: A União funda-se nos valores do respeito pela dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de direito e do respeito pelos direitos do Homem, incluindo os direitos das pessoas pertencentes a mino-rias. Estes valores são comuns aos Estados-Membros, numa sociedade caracterizada pelo pluralismo, a não discriminação, a tolerância, a justiça, a solidariedade e a igualdade entre homens e mulheres.

> controvertida da competitividade eleitoral, do pluralismo político, do sistema de garantias de direitos fundamentais, da solidez dos pressupostos do Estado de direito e das relações de cooperação e coexistência com Estados vizinhos, onde existem minorias húngaras. O poder constituinte (democraticamente expresso) foi inteiramente livre e soberano para criar uma Constituição desta natureza, pese os reparos, censuras e ultimatos políticos oriundos da própria União Europeia. A pressão externa, contudo, não logrou forçar o regime a alterar a sua constituição, realidade que, sem prejuízo do caráter muito discutível de algumas das suas componentes. Milita em favor da soberania constituinte dentro dos Estados da União Europeia. (MORAES, 2014, pp. 233/234)

Inclusive, os limites de ordem política, ética, religiosa, econômica, social e cultural, que são limites estruturais, como citado acima, também não podem vincular o poder constituinte originário, já que esses limites assumem um caráter, segundo o autor, político, axiológico e cultural e não um caráter jurídico normativo. Desta maneira, uma Constituição que vá de encontro a esses valores não seria juridicamente inválida, mas poderá, apenas, arriscar a sua nominalização e a subsistência (MORAES, 2014, pp. 234/235).

4. A nova forma de observar o direito constitucional: da limitação ao poder constituinte originário para um repensar jusnaturalista

Duas são as escolas que buscam a raiz do entendimento jusnaturalisma, a Tomista, do pensamento de Santo Tomaz de Aquino, na qual afirma que:

> devem-se distinguir quatro espécies de Lei: a Lei Eterna, a Lei Divina, a Lei Natural e a Lei Humana, ou positiva. A primeira é a própria Razão divina. A segunda compreende a parte da Lei Eterna revelada diretamente ao homem (p. ex., os dez mandamentos ditados a Moisés), como relatam os livros sagrados – a Bíblia (lei divina revelada), bem como outra parte, esta explicitada pela Igreja (lei divina eclesiástica). Mas, pela Razão, o homem descobre di-

> tames divinos gravados em sua própria natureza: é a Lei Natural. Enfim, o governante pode editar normas, leis, que constituem a Lei Humana, ou positiva. Entretanto, a Lei Humana não pode jamais contrariar a Lei de Deus, seja a Lei Divina, seja a Lei Natural. Quando a Lei positiva contradiz a Lei de Deus, ela não é verdadeiramente Lei, é sem valor. Mas é claro que, nesta colocação, o direito positivo, o direito posto pelo poder público, só é válido quando se conforma à Lei Natural, à Lei Divina, que são exatamente as maneiras pelas quais o homem tem acesso à Lei Eterna (FILHO, 2014, pp. 76/77).

e a do Direito Natural das Gentes, com figura principal em Hugo Grócio, entendendo que "o direito natural não está na Lei de Deus, mas na razão humana e na inclinação social do homem. Foi esta escola de Grócio, aliás, que influiu diretamente na doutrina do Contrato social e, portanto, no pensamento iluminista que, no século XVIII, prevaleceu e se refletiu nas revoluções desse século." (FILHO, loc. cit.)

Isto posto, partindo desse ideário, o jusnaturalismo cria uma fronteira para a criação do poder constituinte originário, sendo também a base de sua fundamentação, através do direito natural e suas substancializações. Esse direito natural advém de uma sistemática jurídica de ordem inerente ao próprio homem, da sua natureza e concepções. Por isso é que tal ordem limitativa, por possuir uma carga de axiológica de valor profunda, não pode ser suprimida ou mitigada em uma nova constituição.

Canotilho (2002, p. 81) relembra que a doutrina positivista se encontra em vias de rejeição, já que:

> desde logo se o poder constituinte se destina a criar uma constituição como organização e limitação do poder, não se vê como esta 'vontade de constituição' pode deixar de condicionar a própria vontade do criador. Por outro lado, este criador, este sujeito constituinte, este povo ou nação, é estruturado e obedece a padrões e modelos de condutas espirituais, culturais, éticos e sociais radicados na consciência jurídica geral da comunidade e, nesta medida, considerados como 'vontade do povo'". Além disto, as experiências humanas vão revelando a indispensabilidade de observância de certos princípios de justiça que, independentemente da sua

> configuração (como princípios *suprapositivos* ou como princípios supralegais mas *intra*-jurídicos) são compreendidos como limites da liberdade e omnipotência do poder constituinte. Acresce que um sistema jurídico interno (nacional, estadual) não pode, hoje, estar *out* da comunidade internacional. Encontra-se vinculado a princípios de direito internacional (princípio da independência, princípio da autodeterminação, princípio da observância de direitos humanos).

Essa evolução de entendimento já existia, porém aflorou agora com a prospecção do neoconstitucionalismo e sua ideia basilar de ter a Constituição no topo do sistema, força normativa máxima da sua norma, lastreado na eficácia irradiante dos direitos fundamentais e sua aplicação em todos os campos (público ou privado), e é o que recorrente chama-se de mudanças de paradigmas:

> esta ideia de vinculação jurídica conduz uma parte da doutrina mais recente a falar da "jurisdicização" e do carácter evolutivo do poder constituinte. Se continua a ser indiscutível que o exercício de um poder constituinte anda geralmente associado a momentos fractais ou de ruptura constitucional (revolução, autodeterminação de povos, quedas de regime, transições constitucionais), também é certo que o poder constituinte nunca surge num vácuo histórico-cultural. Trata-se, antes, de um poder que, de forma democraticamente regulada, procede às alterações incidentes sobre a estrutura jurídico-política básica de uma comunidade. De resto, as recentes transições constitucionais, que começaram em Portugal (1974) e terminaram na transformação dos estados ex-comunistas, parecem mesmo apontar para a ideia de que o poder constituinte, exercido segundo um procedimento justo e movido por intenções de conformação de uma ordem jurídico-política justamente ordenada, serve hoje como uma técnica experimentada de soluções de crises e rupturas políticas que em momentos extraordinários surgem no seio da comunidade. [...] A experiência demonstra também que não basta a legitimação através da fixação democrática de valores básicos; é necessário, igualmente que o "povo inteiro" beneficie de implementação desses valores básicos. Surge aqui a ideia

> de povo destinatario de prestações civilizacionais que traduz a relevância funcional do modo como os efeitos das decisões políticas se repercutem sobre o povo (CANOTILHO, 2002, pp. 81/82).

Tal guinada se deu primordialmente pelo abalo profundo em que os regimes totalitários imbuíram ao mundo ocidental na grande guerra. A sociedade traumatizada, percebeu que com a derrocada de tais regimes tirânicos era a hora certa de fazer reafirmar a importância da Constituição e de seus direitos fundamentais, para não desembocar nos erros cometidos anteriormente. Desta maneira, o que se pensa é que esta limitação é tão necessária, que ela vem do direito e vai para o povo, como uma maneira, ao menos civilizatória, de encampar o poder constituinte em um mínimo de respeito a direitos finalísticos de ampla necessidade social.

Por isso que se defende neste trabalho, que o poder constituinte originário deve ser limitado pelas seguintes prospecções de normas naturais: a) normas de *jus cogens*, ante a sua força cogente num plano internacional; b) direitos humanos (em todas as suas gerações ou dimensões), no plano internacional; c) direitos fundamentais e suas garantias (inclusive os direitos programáticos ou sociais), no plano interno; d) separação, limitação e independência de poderes; e) postulados normativos ou metanormas, que segundo Roberto Ávila (2004, pp. 88/89) seriam normas de "segundo grau" que não impõem um fim ou um comportamento específico, mas estruturam o dever de realizá-lo. São descrições estruturantes da aplicação de outras normas cuja função é otimizar e efetivar princípios e regras; f) dignidade da pessoa humana [tanto quanto atributo do ser humano enquanto valor superior, tanto quanto norma jurídica, enquanto princípio e regra (SARLET, 2015, p. 79)]; e g) por princípios ligados aos direitos fundamentais (MIRANDA, 2015) como o da universalidade, igualdade, proporcionalidade (que Ávila vislumbra como postulado normativo), proteção da confiança, eficácia jurídica dos direito fundamentais, tutela jurídica, responsabilidade civil do Estado, reserva da lei, princípio do caráter restritivo das restrições.

Portanto, é de se discordar daqueles que afirmem que o poder constituinte originário é aquele que tudo pode fazer ou que o jusnaturalismo "teria demonstrado, como sempre, sua incapacidade para responder,

numa determinada situação histórica concreta, ao problema dos fundamentos de validez do direito" (BONAVIDES, 2017, p. 126).

Em tempos hodiernos, onde o senso crítico, de justiça e de humanidades estão aflorados em grande parcela dos operadores do direito, não seria imaginável aceitar que o poder constituinte originário, por exemplo, criasse uma nova Lei Maior instituindo o *apartheid*, a escravidão, a pena de morte, a amputação de membros por roubo, a discriminação de minorias, a não efetivação de direitos sociais, a liberdade de expressão, as políticas públicas, a liberdade religiosa, universitária, ou seja, atos injustos que firam a inerência humana e que violem direitos naturais.

5. Conclusões

Isto posto, é inequívoco perceber o quão relevante é a questão tratada nas estreitas linhas desta pesquisa e a monta da problemática da limitação do poder constituinte originário, no cenário jurídico atual, vindo a influenciar, inclusive, a teoria constitucional moderna.

Após a suplantação de ideias classicistas por excelência, do modo de pensar lógico-dedutivo, positivista (em sua forma mais pura) e sem dúvidas formalista, eis que faz surgir no pensamento do pós-guerra uma nova tendência constitucional, onde deixa de dar primazia apenas as bases tradicionais das filigranas interpretativas da lei e acrescem-se novos paradigmas, na intenção de sobrelevar as normas humanas basilares.

É importante assinalar que não se pode mais ter a noção de que nada é puramente absoluto no direito, inclusive o poder constituinte originário. Não se quer retirar ou dissociar a força e importância desse poder inicial, jamais. Mas levar a refletir que a sociedade humana chegou a um ponto onde os direitos humanos, os direitos sociais, as liberdades e a dignidade da pessoa são agora informadores do atuar estatal e, principalmente, limitadores dos atos sociais, como o é o de criar uma nova Constituição.

O jusnaturalismo, enquanto entendimento que parecia estar alheado, ressurgiu com as ideias neopositivistas, ratificando as bases teóricas e filosóficas da notabilidade de se interligar uma Constituição com a garantia, eficácia e total aplicabilidade de direitos e garantias fundamentais.

Por fim, deve-se ter como base o conceito de Constituição como um sistema aberto de regras e princípios, visto que se traduz em um esque-

ma dinâmico de normas e com uma estrutura dialógica, ou seja, que se encontra apta através de sua normatividade em captar as constantes mudanças da realidade, abertas às concepções variáveis da justiça e verdade, (CANOTILHO, 2002, p. 1.159) mas com limites, é claro.

Esse entendimento nos faz refletir a Constituição como uma incessante procura, pois o texto normativo básico, desde o seu aparecimento, não esta nunca finalizado, de maneira que o trato normativo positivado e a realidade devem perseguir uma completude de modo que se assevere uma supremacia e força normativa emanadas pela própria Carta Política e seus direitos e garantias fundamentais.

6. Referências bibliográficas

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios – Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.356. Relator Ministro Néri da Silveira. DJe-094. Divulg. 18-05-201. Public. 19-05-2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.097. Relator Ministro Cesar Peluso. DJe-211. Divulg. 06-11-2008. Public. 07-11-2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Lisboa: Editora Almedina, 2002.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. O Poder Constituinte. 6ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

HESPANHA, António Manuel. Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia. Sintra: Forum da História, 1997.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. Curso de Direito Constitucional. 2ª Edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2009.

LENZA, Pedro. Curso de Direito Constitucional Esquematizado. 20ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

MARTINS, Flávio. Curso de Direito Constitucional. 2ª Edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, Tomo IV: Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

MÖLER, Max. Teoria Geral do Neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MORAES, Carlos Blanco de. Curso de Direito Constitucional: teoria da constituição em tempo de crise do estado social. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO E A SUA INFLUÊNCIA NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Glaucia Maria de Araújo Ribeiro
Marília Oliveira de Almeida Lima

Introdução

O movimento constitucionalista derivado das revoluções liberais da segunda metade do século XVIII culminou no surgimento da constituição moderna. O diferencial deste movimento para o constitucionalismo antigo é que não mais se busca o mero limite do exercício do poder político (organização e contenção jurídico-política do Estado), mas também o reconhecimento, por declaração, de direitos e garantias fundamentais oponíveis ao Estado.

Nesta perspectiva, o modelo clássico de administração pública vem sofrendo modificações em consequência das diversas transformações do papel do Estado para com o cidadão. Esses novos paradigmas são simplesmente uma releitura dos antigos modelos com a visão constitucionalista.

Tendo em vista esse contexto, o presente trabalho busca salientar a importância do movimento da constitucionalização do Direito e os reflexos da incidência dos princípios constitucionais no âmbito do ramo do Direito Administrativo, com um enfoque especial nos processos administrativos e decisões oriundos dos Tribunais de Contas.

1. Breve panorama acerca da constitucionalização do Direito

Desde a concepção do fenômeno da constitucionalização depreendeu-se dessa terminologia jurídica inúmeros sentidos, tornando-se, inclusive, um conceito comum em grande parte dos sistemas jurídicos contemporâneos, a exemplo do Brasil, o qual teve como marco extremo a Constituição Cidadã de 1988.

De acordo com a teoria normativa da política, constitucionalismo é a teoria que ergue o princípio do governo limitado, indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade (CANOTILHO, 2003, p. 51).

Já Marcelo Alexandrino (2015, p. 1) denomina constitucionalismo como o movimento político, jurídico e ideológico que concebeu ou aperfeiçoou a ideia de estruturação racional do Estado de limitação do exercício de seu poder, concretizada pela elaboração de um documento escrito destinado a representar sua lei fundamental e suprema.

Pode-se considerar que o constitucionalismo teve três nuances principais: o histórico, filosófico e o teórico (BARROSO, 2009, p. 63-76). O marco histórico leva em consideração o pós-Segunda Guerra, sobretudo a partir da Lei Fundamental de Bonn e outras Constituições Europeias que iluminaram a Carta Magna brasileira de 1988. Na acepção filosófica, o constitucionalismo tem um cerne pós-positivista, sintetizando vertentes como o positivismo e o naturalismo, com inspiração neokantiana, a qual consubstancia uma nova filosofia de análise e investigação dos limites da razão e validade das ciências, da moral, das artes e da religião. Já no plano teórico, desponta a força normativa da Constituição, a interpretação constitucional e a expansão da jurisdição constitucional.

O fenômeno teve origem na Constituição dos Estados Unidos, de 1787, e a Constituição da França de 1791, ambas constituições escritas e rígidas, inspiradas nos ideais de racionalidade do Iluminismo do século XVIII e, sobretudo, na valorização da liberdade formal (*laissez faire*) e do individualismo, marcas nucleares do Liberalismo, corrente de pensamento hegemônica nos campos político, jurídico e econômico dos séculos XVIII, XIX, e primeiro quartel do século XX (ALEXANDRINO, 2015, p. 2).

Na Europa, na fase de redefinição da Constituição após a 2ª Guerra Mundial, a aproximação das ideias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política, o alicerce do Estado democrático de direito, marcando-se na história inúmeras referências constitucionais de destaque.

A Lei Fundamental de Bonn (Constituição Alemã), de 1949 e a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951, possuem grande destaque na doutrina como notáveis referências no desenvolvimento do novo Direito Constitucional. A partir delas deu-se início a um importante movimento de produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascendência científica do Direito Constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica. Nesse cenário, evidenciou-se também a Constituição da Itália, de 1947, e a posterior instalação da Corte Constitucional, em 1956. Além disto, na década de 70, a redemocratização e a reconstitucionalização de Portugal (1976) e da Espanha (1978), surgiram para valorar o debate sobre o novo direito constitucional.

Já no caso brasileiro, a Constituição Federal de 1988 simbolizou o renascimento do Direito Constitucional, uma verdadeira travessia democrática brasileira, consolidando o que seria a vir o mais longo período de estabilidade política do país após um regime autoritário, intolerante e violento.

A Carta Magna, classificada como escrita, promulgada, rígida, dogmática, formal e analítica, buscou catalogar as principais partes do direito infraconstitucional (direito do trabalho, econômico, administrativo, entre outros) passando pelos inúmeros ramos do direito, porém não os fazendo sobrepor em frente às suas normas constitucionais.

Findo esta breve análise da evolução histórica, mister se faz situar que o conceito moderno de constitucionalismo, o objeto do presente estudo, não pode ser confundido com Constituição, tampouco com o sentido dado ao termo democracia.

Assim preleciona Luís Roberto Barroso (2012, p. 17):

> Constitucionalismo e democracia são conceitos que se aproximam, frequentemente se superpõem, mas que não se confundem. Eventualmente, pode haver até mesmo tensão entre eles. Constitucionalismo traduz, como visto, limitação do poder e Estado de di-

> reito. Democracia identifica, de modo simplista, soberania popular e governo da maioria. Pois bem, a Constituição se impõe, muitas vezes, como instrumento de preservação de determinados valores e de proteção das minorias, inclusive, e sobretudo, em face das maiorias e do seu poder de manipulação do processo político. Já na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, previa-se: "Art. 16. Toda sociedade, na qual a garantia dos direitos não é assegurada nem a separação dos poderes determinada, não tem constituição". órgãos do poder devem agir não apenas com fundamento na lei, mas também observando o devido processo legal, que congrega regras tanto de caráter procedimental (contraditório, ampla defesa, inviolabilidade do domicílio, vedação de provas obtidas por meios ilícitos) como de natureza substantiva (racionalidade, razoabilidade-proporcionalidade, inteligibilidade).

Já quando contraposto com Constituição, pode-se sintetizar o seguinte:

> Constituição e constitucionalismo, em nosso ordenamento jurídico exprimem sentido diverso, que não se vincula com toda e qualquer organização de poder político do nosso ordenamento jurídico, sempre existente e necessária, para a estrutura organizacional do Estado.
>
> Insta salientar que não será Constituição, em seu sentido próprio, toda e qualquer norma que defina, um único instrumento escrito, a estrutura política superior de um Estado, antes, só aquela que o faz a partir de determinados pressupostos e com determinado conteúdo (DM FURLANI, 2011, p. 164).

Isto é, quer se trazer à baila a Constituição como fonte de interpretação, diretriz que promove o fenômeno da constitucionalização do Direito. A percepção da necessidade de se colocar a Constituição no topo da pirâmide normativa, com o intuito de visualizar o restante do Direito, cria um filtro constitucional capaz de dizer se uma norma está ou não harmoniosa com a Constituição e, neste caso, se ela pode ser de alguma forma interpretada para se nivelar ao texto constitucional.

Delineada tais diferenças, o sentido de constitucionalização do Direito aqui adotado é aquele associado a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico (BARROSO, 2009, p. 76-78). Ou seja, quando ocorre o acolhimento pelas Constituições de institutos e regras enfraquecidos no direito infraconstitucional e a releitura dos institutos previstos na legislação por meio dos princípios fundamentais. Nesse diapasão, os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional, em especial, do direito público.

Seja na Europa ou no Brasil, a constitucionalização do Direito foi resultado do efeito expansivo das normas constitucionais, as quais sobreviveram e evoluíram sob diversos contextos históricos, filosóficos e teóricos, até chegar ao momento atual de supremacia da Constituição.

Luís Roberto Barroso é um dos juristas que defende esse sentido de constitucionalização, o qual ao expandir a vertente axiológica sobre o ordenamento global, age sobre todos os Poderes Públicos e todas as áreas do direito. No Legislativo limita a discricionariedade na elaboração de leis e impõe o dever de atuar para concretizar determinados direitos. No Executivo limita a discricionariedade de conformação legislativa, impõe dever de atuação para realizar direitos e exige que seus atos estejam em conformidade com a Constituição. Por fim, quanto ao Judiciário, oferece parâmetros para a realização do controle de constitucionalidade e condiciona a interpretação das normas do sistema jurídico. A constitucionalização, ainda, estabelece limites à autonomia dos particulares e expande seu campo de atuação inclusive no tocante à incidência dos direitos fundamentais em suas relações (BARROSO, 2012, p. 32-33).

2. A constitucionalização do Direito Administrativo

"O Direito Administrativo se relaciona com todos os ramos do saber humano" (CRETELLA JÚNIOR, 2002), ao que se entende ser o exame desse relacionamento importante para traçar os seus próprios limites e realçar a unidade desses conhecimentos. Destarte, o Direito Administrativo mantém íntimas relações com as disciplinas jurídicas que integram

o Direito Público e com as que participam do Direito Público, a par de conexões com outras disciplinas não jurídicas.

Com o Direito Constitucional a conexão é estreita, já que a este cabe informar todas as disciplinas jurídicas, sejam públicas, sejam privadas. Ademais, ambos, cada um a seu modo, cuidam do Estado. Com efeito, o Direito Constitucional fixa o arcabouço estatal, ou seja, define a forma, regime de governo, estrutura dos Poderes, direitos e garantias individuais, enquanto o Direito Administrativo estabelece as regras referentes aos órgãos, agentes e atividades públicas através dos quais o Estado alcança seus fins.

A Constituição de 1988, além dos reforços advindos das sucessivas Emendas, introduziram as principais inovações no Direito Administrativo brasileiro, seja com a adoção dos princípios do Estado Democrático de Direito, seja sob a inspiração do neoliberalismo e da globalização, do sistema do *common law* e do direito comunitário europeu, que levaram à chamada Reforma do Estado, no qual se insere a Reforma da Administração Pública e, em consequência, a introdução de novidades no âmbito do Direito Administrativo.

A principal tendência que nos interessa aqui é a constitucionalização do Direito Administrativo, com reflexos sobre o princípio da legalidade, inafastabilidade da jurisdição e supremacia dos direitos fundamentais. Assim preleciona Alexandre de Moraes acerca do tema:

> A Constituição da República de 1988, ao constitucionalizar os princípios e preceitos básicos da Administração Pública, permitiu um alargamento da função jurisdicional sobre os atos administrativos, consagrando a plena incidência do controle de constitucionalidade. Essa permissão, juntamente com a característica aberta dos princípios e preceitos constitucionais básicos sobre a Administração Pública, acabou por ampliar a ingerência do Poder Judiciário nos negócios da Administração Pública, autorizando-o a definir, por exemplo, quais os atos imorais do administrador público (art. 37, caput), os requisitos possíveis para o ingresso na carreira pública (art. 37, II), os limites da publicidade oficial (art. 37, § 1.º), entre outras importantes normas. O Poder Judiciário, levando em conta a finalidade do

> controle de constitucionalidade, que tem como ponto fundamental a defesa dos valores constitucionais básicos e dos direitos fundamentais, afirmados livremente pelo povo em Assembleia Nacional Constituinte, passou a exercer a função de legislador negativo também em relação às principais normas do Direito Administrativo, devidamente constitucionalizadas, consagrando a existência da Teoria Geral do Direito Constitucional Administrativo (MORAES, 2007, p. 52).

Posto isto, a constitucionalização do Direito Administrativo pode ser entendida em dois sentidos: (a) elevação, ao nível constitucional, de matérias antes tratadas por legislação infraconstitucional; e (b) irradiação dos efeitos das normas constitucionais por todo o sistema jurídico (DI PIETRO, 2015, 36).

No primeiro sentido, a constitucionalização teve início com a Constituição de 1934, fortaleceu-se consideravelmente com a Constituição de 1988 e foi reforçada por meio de suas Emendas. A simples leitura desta última é suficiente pra demonstrar a quantidade de matérias do Direito Administrativo hoje tratadas em nível constitucional, dentre as quais: previsão de princípios da Administração Pública e do regime jurídico dos servidores públicos (art. 37 a 41); regime previdenciário próprio dos servidores públicos (art. 40) e ampliação das medidas judiciais de controle da Administração Pública, especialmente para proteção de interesses difusos e coletivos, a saber, ações coletivas, mandando de segurança coletivo, ação popular, ação civil pública (arts. 5º, XXI, LX, LXXIII, e 129, III).

O segundo sentido de constitucionalização do Direito Administrativo produziu reflexos intensos sobre os princípios, a saber o da legalidade (que resultou consideravelmente ampliado), a discricionariedade (que resultou consideravelmente reduzida) e a antiga concepção de supremacia do interesse público sobre o privado. Essa constitucionalização de princípios e valores passou a orientar a atuação dos três Poderes do Estado. Em seu magistério, Binenbojm (2008, p. 69) esclarece que a supremacia da Lei Maior propicia a impregnação da atividade administrativa pelos princípios e regras naquela previstos, ensejando uma releitura dos institutos e estruturadas da disciplina pela ótica constitucional.

Di Pietro acentua, ainda, que o primeiro passo no sentido da constitucionalização dos princípios do Direito Administrativo foi dado pela Lei Fundamental da Alemanha 1949, cujo artigo 20, item 3, estabelece que "o poder legislativo está vinculado à ordem constitucional, porquanto os poderes executivo e judicial obedecem à lei e o direito" (DI PIETRO, 2015, p. 37). Ideais estes que também foram recepcionados nas Constituições espanhola e portuguesa.

Quando se trata do Brasil, o objetivo final buscado pela Carta Magna não destoou das Constituições supramencionadas, assim foi esclarecido:

> No Brasil, embora não se repita norma com o mesmo conteúdo, não há dúvida de que se adotou igual concepção, já a partir do preâmbulo da Constituição, rico na menção a valores como segurança, bem-estar, desenvolvimento, igualdade e justiça. Além disso, os artigos 1º a 4º e outros dispositivos esparsos contemplam inúmeros princípios e valores, como os da dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o da erradicação da pobreza, o da prevalência dos direitos humanos, o da moralidade, publicidade, impessoalidade, economicidade, eficiência, dentre outros. Todos esses princípios e valores são dirigidos aos três Poderes do Estado: a lei que os contrarie será inconstitucional; a discricionariedade administrativa está limitada pelos mesmos, o que significa a ampliação do controle judicial, que deverá abranger a validade dos atos administrativos não só diante da lei, mas também perante o Direito, no sentido assinalado (DI PIETRO, 2015, p. 37).

Visto isso, pode-se afirmar que, em concordância com o entendimento prolatado por Luís Roberto Barroso, o ponto decisivo para constitucionalização do Direito Administrativo foi a incidência no seu domínio dos princípios constitucionais — não apenas os específicos, mas sobretudo os de caráter geral, que se irradiam por todo o sistema jurídico (BARROSO, 2012, p. 19). E assim, a partir da centralidade da dignidade humana e da preservação dos direitos fundamentais, alterou-se a qualidade das relações entre Administração e administrado, com a superação ou reformulação de paradigmas tradicionais.

3. A influência da constitucionalização do Direito Administrativo – incidência dos princípios constitucionais - no âmbito dos Tribunais de Contas

3.1 Da incidência do princípio da legalidade

"Administrar é aplicar a lei de ofício", assim Miguel Seabra Fagundes apresenta a função do primeiro dos princípios aqui refletidos, o da legalidade, perante a Administração Pública, na guinada dos seus atos (FAGUNDES, 2005, p. 3). Tal concepção corresponde à visão tradicional da legalidade administrativa, uma vinculação positiva à lei, como bem interpretado na literalidade apresentada na CRFB/88 e assim enunciada por Hely Lopes Meireles (1995, p. 82-83): "Na Administração não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza."

Todavia, o ofício administrativo não se reduz à mera aplicação mecânica da lei. Professor Gustavo Binenbojm lembra que a própria origem pretoriana e auto vinculativa do Direito Administrativo por obra do Conselho de Estado francês, e os amplos espaços discricionários deixados pela lei para serem preenchidos pelo administrador, já comprometeriam, a rigor, essa noção de que a Administração não age por vontade própria, senão que se limita a cumprir a vontade previamente manifestada pelo legislador. E, mesmo a atividade de interpretação da lei, como bem entendia Kelsen, comporta sempre uma margem autônoma de criação (BINENBOJM, 2008, p. 13). Assim também se perfaz na percepção de Almiro do Couto e Silva:

> [...] a noção de que a Administração Pública é meramente aplicadora das leis é tão anacrônica e ultrapassada quanto a de que o direito seria apenas um limite para o administrador. Por certo, não prescinde a Administração Pública de uma autorização legal para agir, mas, no exercício de competência legalmente definida, têm os agentes públicos, se visualizando o Estado em termos globais, um dilatado campo de liberdade para desempenhar a função formadora, que é hoje universalmente reconhecida ao Poder Público (DO COUTO E SILVA, 1990, p. 53) .

Visto isso, é de concordância majoritária que a ideia limitada de vinculação do administrador apenas e tão somente à lei está superada. O administrador passa a ter uma maior liberdade para fundamentar suas decisões direto na Constituição e em alguns casos, até de forma independente, sem qualquer exigência de manifestação do legislador ordinário. Nas palavras de Barroso, o princípio da legalidade transmuda-se, assim, em princípio da constitucionalidade ou, talvez mais propriamente, em princípio da juridicidade, compreendendo sua subordinação à Constituição e à lei, nessa ordem (BARROSO, 2012, p. 50).

Exemplificando essa transmudação no âmbito dos Tribunais de Contas, tem-se a alteração da Constituição Federal de 1988 promovida pela Emenda Constitucional nº 45/2004 que estabeleceu modificações ao artigo 103 da Carta Magna, acrescentando a letra "A" ao dispositivo[13].

A Emenda consolida entendimentos acerca de normas legais entre os órgãos do Judiciário, além de propor a suprir controvérsias de interpretação entre o Judiciário e a Administração Pública.

A partir desse mandamento, o Supremo Tribunal Federal passou a editar as referenciadas Súmulas Vinculantes, dentre as quais, ressalta-se aqui a de nº 03, a qual compreende a sequente redação:

> Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder re-

13 Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

> sultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.

O Tribunal de Contas consolidou-se no importante papel de proteção ao bem público, ficando claro que não pertence a nenhum dos três poderes, sendo órgão de auxílio do Poder Legislativo, no exercício do controle externo da Administração, sendo considerado por parte da doutrina um órgão autônomo.

Verifica-se que o texto, dirigido especificamente para processos de competência do Tribunal de Contas, assegura o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, forma de garantia do devido processo legal, decorrentes do art. 5º, LV, da CRFB/88 nos procedimentos levados a efeito pelas Cortes de Contas. Vejamos:

> RECURSOS DE RECONSIDERAÇÃO EM PRESTAÇÃO DE CONTAS. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CONHECIMENTO E PARCIAL PROVIMENTO. 1. Não há que se falar em decisão de natureza genérica se há indicação precisa no comando da deliberação das matrículas dos administrados afetados pela mesma. 2. **Não sendo o comando da deliberação de natureza genérica, deve o Tribunal observar os postulados do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal quanto àqueles administrados diretamente atingidos pela determinação.** (TCU 01515420097, Relator: RAIMUNDO CARREIRO, Data de Julgamento: 13/09/2011). (Grifos nossos).

Logo, o fato de a natureza jurídica das decisões do Tribunal de Contas ser de decisão administrativa *sui generis,* em nada o torna desamparado quando se trata da Constituição Federal de 1988 e os princípios nela elencados. Ademais, isto nem poderia ser diferente, tendo em vista que o inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal assegura aos litigantes em processo judicial ou administrativo o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, obedecendo-se, portanto, ao princípio constitucional da legalidade.

3.2 Controle jurisdicional dos atos administrativos

O inciso XXXV do artigo 5º da Lei Maior aduz que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Nessa perspectiva, o pensamento clássico em matéria de controle jurisdicional do ato administrativo restringia a percepção dos juízes e tribunais aos aspectos da legalidade do ato -competência, forma e finalidade- e não do seu mérito -motivo e objeto-, acrescentando-se a conveniência e oportunidade de sua prática (BARROSO, 2012, p. 50).

Essa já não mais é a realidade. Não só os princípios constitucionais gerais já mencionados, mas também os específicos, como moralidade, eficiência e, mormente, a razoabilidade/proporcionalidade viabilizam o controle da discricionariedade administrativa, respeitando-se a contenção e a prudência, para que não se substitua a discricionariedade do administrador pela do juiz.

Por conseguinte, o inciso XXXV do artigo da CRFB/88 permite que qualquer decisão dos Tribunais de Contas, ainda que relativa à apreciação de contas de administradores, seja submetida ao reexame do Poder Judiciário, se o interessado considerar que houve lesão ao seu direito. Bacellar Filho e Hachem enxergam o procedimento como um verdadeiro instrumento constitucional de atuação de todos os poderes estatais, o respeito aos direitos fundamentais que compõem um "núcleo comum de processualidade", assim ensinado (BACELLAR FILHO; HACHEM, 2014, p. 66-85):

> O núcleo comum de processualidade possibilita a aproximação entre processo administrativo e judicial, para que aquele aproveite a construção doutrinária processual fixada na concepção do processo como garantia constitucional. Se o agir administrativo deve exercitar-se, em certos casos, nos moldes do processo, extrai-se a possibilidade da ampliação das garantias processuais para mais um quadrante do poder estatal: o administrativo. [...] A existência de tal núcleo resulta da percepção de que a unidade dos fundamentos do direito público justifica, dogmaticamente, a analogia de soluções para problemas comuns. O núcleo diferenciado — conjunto normativo específico que incide sobre cada modalidade

> processual (administrativa, civil, penal, trabalhista etc.) — persiste como decorrência das características de cada função. O núcleo comum de processualidade deduz-se do texto constitucional e pressupõe, mesmo no patamar da Constituição, o núcleo diferenciado derivado da função jurisdicional ou administrativa e do objeto de cada processo.
>
> Todavia, antes de ser legislativo, jurisdicional ou administrativo, o processo tem uma identidade constitucional. Antecedendo qualquer consideração, se uma função estatal é exercitada por meio de um processo — seja ela qual for ou quais sejam os objetivos a serem alcançados — é porque nela devem estar presentes o contraditório e a ampla defesa.

Destarte, o exame das decisões dos Tribunais de Contas pelo Poder Judiciário encontra objetivo ampliado diante da abrangência dos direitos fundamentais residentes no núcleo comum de processualidade. Já é pacificada a posição do Supremo Tribunal Federal quanto ao reexame das deliberações do Congresso Nacional e em particular do órgão auxiliar, o Tribunal de Contas da União, quando for o caso. O órgão máximo do Poder Judiciário, em suas decisões, ratifica a observância do devido processo legal, assegurado o contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes, em processo público com provas lícitas com duração razoável, além de adequada fundamentação.

Logo, a jurisprudência do STF é uníssona quanto ao fato de que os Tribunais de Contas não estão imunes ao princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional, assim vejamos:

> AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DE CONCESSÃO INICIAL DE PENSÃO DO MONTEPIO CIVIL DA UNIÃO. REGISTRO. LEGALIDADE DO ATO RECONHECIDA EM ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. DETERMINAÇÃO DA CORTE DE CONTAS DE ALTERAÇÃO DO PAGAMENTO DA PENSÃO POR SUPOSTA OCORRÊNCIA DE UNIÃO ESTÁVEL SUPERVENIENTE. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. AUSÊNCIA. SÚMULA VINCULANTE 3. IN-

> CIDÊNCIA. SEGURANÇA CONCEDIDA. JULGAMENTO MONOCRÁTICO. POSSIBILIDADE. 1. O Tribunal de Contas da União considerou legal o ato de concessão inicial de pensão do montepio civil da União em favor da impetrante e de sua irmã, ordenando o seu registro. 2. A Corte de Contas também determinou a adoção de medidas com o objetivo de efetuar a alteração dessa pensão para que a irmã da impetrante passasse a ser a única beneficiária, com fundamento em suposta ocorrência de união estável superveniente. **3. Necessidade de garantir-se à impetrante o exercício do contraditório e da ampla defesa quanto à suposta união estável por ela mantida. 4. Incidência na espécie da Súmula Vinculante 3.** 5. Cassação do acórdão do Tribunal de Contas da União para restabelecer o pagamento integral da pensão até que seja proferida nova decisão pela Corte de Contas. 6. Segurança concedida. 7. Agravo regimental a que se nega provimento. (MS 28061 Agr/DF – Min. Ellen Gracie). (Grifos nossos.)

3.3 A relativização da ideia de preponderância da supremacia do interesse público sobre o interesse privado

Sobre esse tema específico, é interessante trazer à baila a distinção, de origem italiana, entre interesse público primário e secundário. No primário, o núcleo da questão traduz-se no interesse da sociedade, na valoração dos valores de justiça, segurança e bem-estar social. Já no secundário, o cerne está no interesse da pessoa jurídica de direito público interno, quais sejam, União, Estados, Distrito Federal e Municípios (MELLO, 2003, p. 57).

Em um cenário de conflito entre as duas classificações, cabe ao interessado proceder à ponderação dessas disposições, tendo em vista as condições normativas e fáticas do caso em questão. Porém, o que se tem visto com frequência são casos concretos em que o interesse público secundário dificilmente desfruta de uma supremacia perante o interesse do particular, a exemplo disto está a situação jurídica dos servidores públicos não abrangidos pela estabilidade anômala do art. 19, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) e as Súmulas nº 09 e 10 do TCE/AM, *in verbis:*

> ADCT: Art. 19: Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público.
>
> Súmula Nº 09: Aposentadoria. Servidor que ingressou no serviço público, estadual ou municipal, sem concurso público, na vigência da Constituição de 1967, no regime temporário ou celetista, transposto para o regime estatutário, por ato administrativo ou legislativo anterior à instalação da Assembleia Nacional Constituinte, faz jus à aposentadoria pelo regime do art. 40 da *Lex fundamentalis*.
>
> Súmula Nº 10: Aposentadoria. Servidor que ingressou no serviço público, estadual ou municipal, sem concurso público, na vigência da Constituição de 1967, no regime temporário ou celetista, transposto para o regime estatutário por ato de enquadramento publicado em data posterior à instalação da Assembleia Nacional Constituinte, tem direito à aposentadoria pelo regime do art. 40 do Diploma Fundamental, desde que tenha manifestado opção até o dia 31.01.1987.

Há um incontável número de servidores federais, estaduais, distritais e municipais que ingressaram no serviço público no período que antecede a promulgação da Constituição Federal de 1988. Com a promulgação em 05/10/1988, aqueles servidores que ingressaram no serviço público até 05/10/1983, sem concurso público, mas que continuaram no exercício de suas funções até 05/10/1988, são considerados estáveis no serviço público, pois foram contemplados com a denominada estabilidade anômala, extraordinária ou excepcional, que encontra previsão no art. 19 do ADCT.

O grande problema envolve os servidores que ingressaram no serviço público, sem concurso, no período compreendido entre 06/10/1983 e 05/10/1988, visto que a norma constitucional silenciou a respeito do cenário funcional envolvendo o grande número de pessoas que foram admitidos no serviço público no período supracitado, sem concurso público, e

que ocuparam ou ainda ocupam cargos previstos nas estruturas dos órgãos públicos da Administração Direito e Indireta.

Considerando que existem inúmeros servidores que se enquadram na situação supradita e em atenção aos princípios constitucionais da igualdade, da razoabilidade e do direito adquirido, o Tribunal de Contas do Estado do Amazonas exarou as Súmulas de nº 9 e 10, permitindo que os servidores que ingressaram no período anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988, e que cumprissem os requisitos, fossem contemplados com a estabilidade excepcional. Esta situação, mesmo não tendo abrangendo todos os servidores que iniciaram atividades antes da promulgação da CRFB/88, utilizou-se de institutos de princípios constitucionais para mudar um paradigma tradicional de decisão administrativa, a fim de proteger e manter o direito adquirido de particulares.

Conclusão

O Direito Administrativo vem passando por profundas modificações, das quais se realça precisamente a sua constitucionalização, hoje tratada e defendida pela doutrina e aplicada pela jurisprudência, com reflexos sensíveis sobre a legalidade, discricionariedade administrativa e o controle judicial (DI PIETRO, 2015, p. 9).

Nesse contexto, o binômio supremacia do poder público *versus* garantias constitucionais relativas ao particular, no tocante à segurança jurídica, legalidade, obediência do contraditório e ampla defesa são constantes pautas nos processos administrativos no Brasil, inclusive, culminando em súmulas perante o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais de Contas.

Por conseguinte, tal "crise da lei administrativa" em frente à constitucionalização do direito administrativo, decorrente das transformações de ordem histórica, filosófica e teórica, vem contribuindo de maneira essencial na atividade administrativa, perdendo cada vez mais espaço a visão puramente formal, legalista e o caráter impositivo do poder público. Em contraposição, cresce a aplicação da juridicidade, dos princípios constitucionais e o aspecto da consensualidade administrativa, possibilitando a maior participação dos interessados na decisão final e conferindo maior legitimidade ao processo administrativo.

Bibliografia

ALEXANDRINO, Marcelo; VICENTE, Paulo. *Direito Constitucional descomplicado* – 14 ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. *A necessidade e defesa técnica no processo administrativo disciplinar e a inconstitucionalidade da Súmula Vinculante nº 5 do STF. Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 14, nº 165.

BARROSO, Luís Roberto. *A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo.* In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). Direito administrativo e seus novos paradigmas. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. Editora Saraiva, 2ª edição, 2012, versão digital.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*, tomo IV, 2009.

BINENBOJM, Gustavo. *A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: Um Inventário de Avanços e Retrocessos.* Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 13, março/abril/maio, 2008. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp. Acesso em 29 de julho de 2019.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2008.

BRASIL. Constituição (1988.) *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em 05 de agosto de 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Disponível em www.portal.tcu.gov.br. Acesso em 05 de agosto de 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas do Estado do Amazonas. Disponível em <www.tce.am.gov.br>. Acesso em 22 de julho de 2019.

CANOTILHO, J. J. *Direito constitucional e teoria da constituição* - 7 ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

COUTO E SILVA, Almiro do. *Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro* -Revista de Direito Administrativo nº 179/180, 1990.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de direito administrativo*. vol. I. p. 226. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DE OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges. *Constitucionalização, Interpretação e Direito Administrativo*. Revista de Direito Constitucional e Internacional – vol. 92/2015.

DI PIETRO, Maria Sylva Zanella. *Direito Administrativo* – 28 ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

DM FURLANI, Carlos Eduardo Pereira. *A vinculação da Supremacia do Interesse Público na Constituição Federal de 1988*. Dissertação (Mestrado) – PUCSP. São Paulo, 2011.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 7ª edição (atualizada por Gustavo Binenbojm), 2005.

GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo* – 9 ed. Ver e atual – São Paulo: Saraiva, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro.* 31 ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, 2003.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional administrativo*. p. 52. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO AMAZONAS. Site. Jurisprudência: Súmulas, acesso em 22/07/2019.

A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE DIANTE DA CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DAS RELAÇÕES DE PODER NO ESTADO BRASILEIRO

Leíze Ruama Sena Cunha Lima
Antonio Cláudio da Silva Neto

Noções Introdutórias

Ao tentar analisar a construção histórica das relações de poder no território brasileiro, é de fundamental importância atentar para a maneira como o feudalismo e o patrimonialismo português formaram a estrutura de dominação deste Estado por intermédio da colonização. Para Raymundo Faoro (2012), tal formação fora transportada de Portugal ao Brasil e tem repercutido até os dias atuais. O confronto de classes, o jogo do poder e a colonização, tida como devastadora de terras viciosas, expressão utilizada por Luís de Camões (1982) em *Os Lusíadas*, resultaram na organização político-administrativa em todas as épocas, como forma de manter o controle da sociedade. Este cenário interfere de maneira contundente nas relações sociais e suas desigualdades. Assim, para ilustrar esta análise, utiliza-se a função social da propriedade como parâmetro da discussão, com foco na constitucionalização do direito brasileiro.

A Função Social da Propriedade pode ser compreendida a partir da utilização do bem com propósito de atender às necessidades coletivas. Desse modo, entende-se a propriedade como um direito, e a função social

como dever. Assim, o presente estudo é produto de uma revisão de literatura, com foco na sobreposição do poder e no empenho de movimentos e lutas por terras cuja à propriedade não fora atribuída uma função social. Trata-se de uma discussão epistemológica com aporte teórico intrínseco à metodologia, tendo em vista que os resultados se pautam nas construções sociais e suas concretizações no panorama de lutas e imposições de direitos que desenham as dicotomias entre patrimônio público e bem privado, direito público e direito privado.

1. A construção histórica das relações de poder no Brasil

O desenvolvimento, as crises e as perturbações que permeiam a história do Estado Brasileiro, segundo Faoro (2012), promovem grupos e interesses representados por aqueles que conseguiram manter o poder nas mãos da elite, por este motivo o autor ressalta a responsabilidade e preponderância dos colonizadores na manutenção e organização do Brasil. Partindo da afirmativa de que onde há comércio há governo, é evidente que a economia gera proveitos. No período da Coroa, tal atividade econômica era explorada e controlada pelo príncipe-rei, sob o argumento de estar preocupado com o bem estar dos súditos. A projeção do governo está, sob a perspectiva do referido autor, atada à lei de submissão. A implantação de um governo que obedecesse a estrutura calculista e racional como estabilizador da economia, fora responsável por proporcionar ao Estado o domínio do território e dos bens econômicos dele provenientes.

Ao tentar entender a organização da estrutura do poder no Brasil, é fundamental a consideração de que este se atrela a uma minoria dominante, que por sua vez, não defendem direitos e garantias fundamentais de uma maioria. O primeiro é um formato de grupo social dominante político e administrativo, representados pelas autoridades políticas que obtém prestígio e riquezas provenientes do seu controle. (FAORO, 2012, p. 621). Segundo Angela Limongi Alves "são sujeitos desses conflitos e, portanto, da sociedade civil, [...] 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 [...]" (2018, p. 2014).

Já o patrimonialismo é caracterizado pelo fato de não haver distinção no Estado entre público e privado. Isto é, o Estado, minoria dirigente, representa a soberania que legitima e garante a manutenção dos seus interesses particulares, ou seja, "a elite política do patrimonialismo é o estamento, estrato social com efetivo comando político" (FAORO, 2012, p. 742). Nessa perspectiva, é possível afirmar que a soberania popular no Brasil é passível de análise duvidosa, visto que o estamento burocrático opera promovendo o patrimonialismo, sem que o povo perceba. Desse modo, Faoro (2012) contribui que:

> A soberania popular não existe, senão como farsa, escamoteação ou engodo. Já na estrutura normativamente constitucional, democrática na essência, os detentores do poder participam na formação das decisões estatais, mediante mecanismos de controle que atuam na participação popular. Não importa que o encadeamento que vai da cúpula à base esteja enrijecido por minorias diretoras, contanto que o circuito percorra a escala vertical (FAORO, 2012, p. 641).

Sob uma vertente mercantilista, o Estado (Coroa), como coloca Faoro (2012), é orientado por ideais capitalistas. A indústria, a agricultura, a produção e a colonização, são obras do soberano, em benefício da nação. Assim sendo, onde há economia, ali estará o rei, sendo tarefa do Governo proteger os indivíduos. Nesta vertente, ao Estado é atribuída a função de empresário. Desse ciclo vicioso, surge o estamento, governo de uma minoria ditando o ritmo, e assim, dirigente, impenetrável e superior. Como bem coloca Faoro (2012), o estamento é uma herança social e política da colonização, sendo o comércio a obra necessária para a posse e conquista.

A estrutura da colonização obedecia ao controle do soberano, que visava a comercialização de mercadorias. Raymundo Faoro (2012) cita que a esse sistema cabia a distribuição de terras, cobranças de tributos e poder administrativo. A partir de revoluções, insubordinações, guerras civis, a iniciativa particular fora se tornando cada vez mais admissível como financiador para cumprimento das obrigações do Estado, compelindo ao poder público a organização, segurança e controle.

Nessa perspectiva, o sistema de colonização instituído no Brasil, bem como a determinação territorial histórica, surgiu em Portugal, baseada

na figura do rei e sem distinção do poder público e privado, um sistema centralizado e homogêneo. A terra passou a ser suscetível a articulação de tributos, com restrições administrativas do domínio privado, enquanto as entidades públicas assumiam a função de concessão dessas terras. Estas pessoas, representantes públicas, eram compensadas economicamente.

A historiografia brasileira obedeceu à organização de um governo com cunho patrimonialista, como coloca Faoro (2012), visto que a extensão geográfica originou núcleos de autoridades para administração, onde atendia o interesse e poder na mão de poucos, em detrimento de uma população. Com a criação de um governo-geral, instalado inicialmente na Bahia em 1548, surgiu a primeira Constituição, que promoveu a unificação territorial e jurisdicional, visto que, a esse governo compelia a defesa e o controle. Neste contexto, o autor citado evidencia a existência do ouvidor-mor, com atribuições voltadas para a justiça, e a do provedor-mor, que tinha a função de cobrança e contabilidade. Assim se originou a primeira unidade judicial e administrativa. Durante a colonização, o Estado era visto como defensor de atividades particulares e não para atender os interesses da população. Ao Estado era conferido a função de cobrador de impostos, violento e explorador dos recursos naturais e a ele pertencia toda riqueza e especiarias.

Vale ressaltar ainda que a organização social, administrativa, econômica e financeira da colônia brasileira, a medida que se expandia de forma complexa, tinha o interesse econômico como manutenção do poder, exercendo o controle social. Surge, a partir de então, os famosos cargos públicos, com agentes e funcionários nomeados e delegados por autoridades, que recebiam significativas retribuições monetárias, ou deleitavam-se sobre algumas vantagens e/ou privilégios. Neste aspecto, Faoro (2012) explica que as recompensas eram visualizadas para manter o domínio e a subordinação, controlando a economia e os núcleos humanos, perdurando por séculos a cobiça e a exploração. Assim sendo, a ilegitimidade se materializou na dominação de uma elite patrimonialista, viciada em privilégios e na apropriação privada do espaço público:

> A liberdade pessoal, que compreende o poder de dispor da propriedade, de comerciar e produzir, de contratar e contestar, assume o primeiro papel, dogma de direito natural ou da soberania popular,

> reduzindo o aparelhamento estatal a um mecanismo de garantia do indivíduo. Somente a lei, como expressão da vontade geral institucionalizada, limitado o Estado a interferências estritamente previstas e mensuráveis na esfera individual, legitima as relações entre os dois setores, agora rigidamente separados, controláveis pelas leis e pelos juízes. É o que se chamou, em expressão que fez carreira no mundo jurídico e político, de "Estado burguês de direito", que traduz o esquema de legitimar o liberalismo capitalista (FAORO, 2012, p. 636).

Seguindo a história do Brasil, é importante o destaque que o autor faz ao período Imperial, Regência e República, além da proeminência do período da Colônia. Faz alusão ainda, aos traços administrativos, sociais, econômicos e financeiros que promoveram a centralização estatal, bem como duas correntes de aspirações populares: a soberania popular em discrepância com os interesses, naquele período, sustentados pela Constituinte, e assim uma vertente democrática contrapondo a liberal temperada. Tais correntes culminam na doutrina, cuja autoridade estaria fundamentada em um único documento: a Constituição, fruto de insubordinações, lutas e interesses políticos e econômicos, como ressalta Faoro (2012). A falta de efetividade das sucessivas Constituições brasileiras decorreu do não reconhecimento de força normativa aos seus textos e da falta de vontade política de dar-lhes aplicabilidade direta e imediata:

> A Constituição não desempenha, senão remotamente, senão por tolerância ou consentimento, o papel de controle, em nome dos destinatários do poder, os cidadãos convertidos em senhores da soberania. Constituição puramente nominal, incapaz de disciplinar, coordenar, imperar, ideal teórico de uma realidade estranha à doutrina e rebelde à ideologia política importada (FAORO, 2012, P. 241).

Diante dessa afirmativa, o autor complementa que toda estrutura político-social, prevalecente ao longo dos séculos no Brasil, e não diferente da contemporaneidade, originou a centralização patrimonial, embora a articulação política visasse sempre a manutenção do capitalismo, sendo a colonização o molde para a realidade estatal. À comunidade política bra-

sileira, compete gerir e supervisionar negócios privados e públicos, isto é, institucionalizar um domínio patrimonialista. Ao Estado não pertence mais o papel de senhor e sim de servidor, que visa proteger a autonomia e "interesse" do homem. Sendo a lei, a expressão da vontade geral institucionalizada. É importante a colocação de Raymundo Faoro (2012) na tangente que o Estado e a sociedade brasileira foram frutos da cultura política, econômica e social dos portugueses:

> Sempre, no curso dos anos sem conta, o patrimonialismo estatal, incentivando o setor especulativo da economia e predominantemente voltado ao lucro como jogo e aventura, ou, na outra face, interessado no desenvolvimento econômico sob o comando político, para satisfazer imperativos ditados pelo quadro administrativo, com seu componente civil e militar (FAORO, 2012, p. 733).

Desse modo, evidencia-se a pluralidade da identidade política brasileira, estando presente de forma contínua na fala do autor a tensão entre a metrópole e a colônia, isso é Portugal, como representação do Estado, contrapondo ao interesse da nação Brasil, em fase colonial. Desse modo, "a realidade histórica brasileira demonstrou a persistência secular da estrutura patrimonial, resistindo galhardamente, inviolavelmente, à repetição, em fase progressiva, da experiência capitalista" (FAORO, 1989, p. 736). A dificuldade em separar o patrimônio público dos bens privado, segundo Faoro (2012) está atrelado ao fato que as terras e o tesouro que pertenciam à Corte portuguesa, não estavam dissociados do patrimônio, era um estamento.

Destarte, é plausível o entendimento de que a Corte, no período Colonial, possuía tanto o poder do patrimônio quanto dos bens - da propriedade, da riqueza, do governo, com poder estatal centralizado. Consequentemente, todo processo de colonização brasileira proporcionou uma herança para as condições históricas do país, tornando-se epicentro dos problemas que se multiplicam no que tange às desigualdades sociais, pontuadas aqui como fruto das condições históricas do país na relação de poder.

2. Dicotomias jurídicas entre o público e privado

A conceituação de direito público e de direito privado, segundo Gustavo Filipe Barbosa Garcia (2015), se volta para a distinção proposta pelo

Direito Romano. Assim, ensina que o primeiro está para normas de interesse e destino no Estado (coletivo), enquanto o segundo se destina ao interesses particulares (indivíduo). O autor ainda coloca que no Direito Público, a relação jurídica é de subordinação, enquanto no Direito Privado, o vínculo afere-se na coordenação. Portanto, para este autor, existe uma intercomunicação nestas duas esferas.

Quando se fala de direito público, para Ricardo Teixeira Brancato (2011), atenta-se a disciplinar os interesses da coletividade, conquanto o direito privado disciplina as relações jurídicas individuais. Em outras palavras, o direito público cuida, de maneira geral, da constituição, organização e funcionamento do Estado. Em contrapartida, o direito privado zela por relações jurídicas individuais, intrínsecas aos interesses privados dos sujeitos de direito. Sob essa vertente, pode-se classificar, por exemplo, que os movimentos de lutas por terras enquadram-se no Direito Público Interno, enquanto os donatários das terras sem a atribuição de alguma função social amparam-se nas normas do direito privado.

A grande discrepância entre Direito Público e Direito Privado, segundo Norberto Bobbio (2007) pode ser apresentada em duas vertentes: a capacidade de dividi-las efetivamente, e a capacidade de estabelecer uma divisão que é ao mesmo tempo total. Em outras palavras, o autor estabelece duas categorias do pensamento jurídico com um propósito comum: o ordenamento jurídico. Mais incisivamente, propõe que a dicotomia existente nos termos é que um pode ser defendido, independente e/ou em detrimento do outro. Isto é, um é defendido e o outro, consequentemente é negativado. Constatando-se assim que aumentando o direito público, diminui o privado, ou vise versa. Ao submeter um indivíduo (Direito Privado) ao Estado (Direito Público), não se pode anular a liberdade do indivíduo. Sendo ambos indispensáveis e complementares.

Ao atentar para tal questionamento, Hannah Arendt (2005) assegura que a superação do público e do privado, em parâmetros filosóficos, promove a transformação da propriedade imóvel em propriedade móvel, sendo que a diferença entre propriedade e riqueza não tem importância. Isto é, qualquer bem que tem um objetivo ao consumo, ao perder seu valor de uso privado, passa a ser, por sua vez, mutável. Como já dito, a distinção entre direito público e privado é difusa. Para Ricardo Teixeira Brancato (2011), tal distinção, foi abrandada com o tempo, passando as normas de direito público a abranger relações individuais em dimensões mútuas.

Desse modo, o autor coloca que o Estado assumiu duas personalidades: pública e particular, para tratar das relações jurídicas dos indivíduos, contraindo obrigações de caráter patrimonial. A divisão entre esses dois ramos do direito, ainda segundo Brancato (2011), pode se apresentar em sentidos privatísticos (normas de direito comum) e publicísticos (regras jurídicas para reger a organização e atuação do Estado). Regulando as atividades do Estado e presidir as relações com os indivíduos.

3. A Função Social da Propriedade

Nas palavras de Paulo Nader (2017), o direito e a sociedade protagonizam uma recíproca relação de interdependência. Uma das necessidades básicas do homem é o convívio social, posto que, a partir da vivência em grupos ocorre o crescimento, desenvolvimento pessoal e social. Nesta, é natural a existência de conflitos, desentendimentos provenientes de interesses distintos. Quando é posto a necessidade de normas para gerir conflitos, é passível a ação do Direto, o qual tem a função social de favorecer amplo relacionamento entre pessoas e grupos sociais, promovendo o equilíbrio e justiça nas relações. Sobre essa perspectiva, é certo que o homem necessita de regras para organizar e evitar os conflitos. Assim, a existência do direito é pertinente ao meio social e para sociedade, como uma ciência que a organiza.

Neste sentido, Miguel Reale (2002) ensina que o Direito, sob definição dinâmica e operacional, interfere no processo social, tendo seu nascimento do fato. Amplia-se aqui discursão para o acesso à propriedade, a qual elucida um caráter individualista, competindo justamente a normatividade jurídica a interpretação e o juízo de modo a gerir tais relações, em outras palavras, "com a ampliação considerável das desigualdades sociais, surge a necessidade de garantir não apenas os direitos individuais, como também os direitos sociais aos cidadãos" (FACCHINI NETO, 2004, p. 20), competindo ao Direito a promoção da dinâmica social, como por exemplo, tem-se a função social da propriedade. Neste sentido, é importante atentar para a seguinte contribuição:

> O princípio da função social não autoriza a suprimir, por via legislativa, a instituição da propriedade privada. Contudo, parece-nos que pode fundamentar até mesmo a socialização de algum tipo de

> propriedade, onde precisamente isso se torne necessário à realização do princípio, que se põe acima do interesse individual. Por isso é que se conclui que o direito de propriedade não pode mais ser tido como um direito individual. (SILVA, 1997, p.85)

Em um viés filosófico e social, o direito à propriedade, segundo Marx (1988), está atrelado ao capital e ao trabalho, uma vez que para adquirir a condição da riqueza é necessário trabalho diário. "A propriedade aparece do lado do capitalista, como [...]; A separação entre propriedade e trabalho torna-se consequência necessária de uma lei que, aparentemente, se originava em sua identidade" (MARX, 1988, p. 157). Sobre esta acumulação capitalista, o relacionamento entre capital e trabalho aqui suscita a manifestação da desigualdade social. (MARX, 1988, p. 250). Segundo Rousseau (2008), a propriedade é a base que sustenta processos impulsionadores das desigualdades sociais. Ao relacionar tais posicionamentos filosóficos, é pertinente a ressalva dos constantes movimentos sociais, onde se percebe que a partir dessa dinâmica emergem referenciais normativos que visam atender às necessidades da sociedade como um todo, pontuando como exemplo a própria função social da propriedade. A propriedade aqui é apresentada como uma expectativa das sociedades modernas, e para tanto compete ao direito atribuir um nexo social.

Diante das colocações, integra-se a concepção de que propriedade exerce influência na vida do indivíduo como forma de ascensão social. Para autora Arendt (2005), é atribuída aos donos e proprietários uma evidência exacerbada, esta visa atender uma necessidade de proteção governamental, que por fim ocasiona o acúmulo de riquezas. Assim, ela pontua que no direito privado, as normas jurídicas focavam na propriedade, especificamente na propriedade imobiliária, sendo atribuída a ela uma função individualista e formal, visando assegurar a liberdade econômica do cidadão e a proteção dos seus interesses. Em contrapartida, Karsten *apud* Ada Celi Rezende Souza em sua dissertação de Mestrado Profissional pela Universidade Federal de Larvas (2017), comenta sobre os avanços dessa diretriz, onde o cidadão pode alcançar aquilo que vislumbram juridicamente, embora àqueles que não tiverem condições econômicas para tal, ficam restritos de tais direitos, impedidos devido à conjuntura histórica. Ou seja, ainda há a incidências dos problemas de acesso à justiça. Ao pro-

prietário é garantida uma posição social elevada, enquanto aqueles desfavorecidos social e economicamente não podem desfrutá-la.

É evidente a necessidade da utilidade social da propriedade, como coloca Chalhub *apud* Souza (2017), de forma a restringir a proteção do privilégio individual com predominância da harmonia dos interesses coletivos, isto é, concilia os interesses do titular da propriedade com o daqueles desfavorecidos. Ao direcionar o uso da propriedade com propósito do bem comum, visa portanto a função social como um elemento do direito de propriedade. Assim sendo, a propriedade atribuída tanto ao privado como ao público, procura atender o princípio da utilidade pública e o interesse social. Em outras palavras, a propriedade compreende "além da tradicional faculdade de uso, gozo e disposição por parte de seu titular, a obrigatoriedade do atendimento de sua função social, impondo ao proprietário uma série de ações e abstenções". (JELINEK, 2006, p.22).

Para Pedroso *apud* Souza (2017) a função social é um princípio requerente da propriedade privada, determinando ao proprietário usufruir do bem não apenas para interesses particulares, mas em sintonia com os interesses coletivos, e por isso um elemento fundamental para o desenvolvimento social. É certo que a função social, ao estabelecer um propósito de colaboração mútua, tanto do interesse próprio do indivíduo, quanto da natureza social da propriedade, prioriza o bom êxito da convivência em sociedade. Destarte, a função social da propriedade, embora atacada, é um princípio que visa corrigir as desigualdades que ocorrem na sociedade, tais distorções, como exposto anteriormente, partem de construções históricas, beneficiando o interesse individual, ou ainda, o interesse de poucos em detrimento de uma maioria.

Algumas Conclusões

A função social da propriedade é constituída e vinculada a que se destina, esta prioriza corrigir algumas incoerências presentes na sociedade, um liame entre o possuir, tê-la, e o propósito efetivo de atender a um bem comum. Em outras palavras, o seu comprometimento é com a função dos limites impostos em regulamentos. Nesta perspectiva, a Constituição Federal de 1998, no rol dos Direitos Fundamentais do art. 5º, mais especificamente no inciso XXII, apresenta o direito à propriedade como uma

garantia a todos. Em seguindo, no inciso XXIII o condiciona ao atendimento da função social. E ainda, o artigo 186 deste mesmo diploma legal, afirma que a função social é cumprida quando a propriedade atende ao critério de aproveitamento racional e adequado.

A existência da lei, por si só, não garante o direito. Para resguardar a dignidade do homem, torna-se necessária a aplicação dos mecanismos jurídicos de defesa. No Brasil, a criação da lei para defesa do direito em si (interpretação judiciais) não surgiu, necessariamente, com a criação da Constituição de 1988. Nos primeiros momentos da história do Estado brasileiro, a Constituição era tida apenas como uma carta de intensões, que visava defender o direito do patronato político, como anteriormente discutido. Assim, a eficácia normativa da lei está atrelada à função social, isto é, normas que valorizam o ser humano, o seu interesse e a garantia dos seus direitos individuais e coletivos. Sob essa perspectiva, quando a função social da propriedade é atendida, ocorre consequentemente o reconhecimento da travessia histórica do país, uma vez que adotou uma postura de interesse privado em detrimento do interesse público.

Ao citar as dicotomias jurídicas entre público e privado, não se propõe aqui a plena prevalência dos interesses públicos, mas sim, uma possível harmonização desses interesses, visando sempre à função social, isto é, beneficiar, equilibradamente, a sociedade, sem prevalecer o ter de uma minoria, em sobreposição a uma maioria desfavorecida. Ademais, a raiz do Direito é profundamente social, mas não se pode admitir que este seja imposto ou dissociado da realidade que o compõe. A função social da propriedade no Brasil visa o equilíbrio e a correção das desigualdades historicamente construídas. Assim, a dignidade da pessoa humana é premissa maior para a interpretação de todos os direitos e garantias conferidos às pessoas, servindo como um parâmetro da interpretação, aplicação e criação de novas normas jurídicas.

Referências Bibliográficas:

ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ALVES, Angela Limongi Alvarenga. Soberania estatal, sociedade civil e terceiro setor: esboço, transformações e perspectivas. In: ALVES,

Angela Limongi; BENTES, Fernando; LIZEIRO, Leonan (Orgs.). **Interdisciplinaridade e Direito Público**. Rio de Janeiro: Ágora21, 2018. p. 237-256.

BOBBIO, Noberto. **Estado Governo e Sociedade**: por uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 14. ed. Rio de Janeiro: Paz e Guerra, 2007.

BRANCATO, Ricardo Teixeira. **Instituições de direito público e de direito privado.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituição.htm> Acesso em 05 ago. 2019.

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em 05 ago. 2019.

CAMÕES, Luís Vaz de. **Os Lusíadas**. São Paulo: Abril Cultural, 1982.

FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder**: formação do patronato político brasileiro. Prefácio Gabriel Cohn. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012.

FACCHINI NETO, Eugênio. **Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado.** In: SARLET, Ingo Wolfang (org.). Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. **Introdução ao estudo do Direito:** teoria geral do direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2015.

JELINEK, Rochelle. **O princípio da função social da propriedade e sua repercussão sobre o sistema do Código Civil.** Porto Alegre: UFRGS, 2006.

MARX, K. **O capital.** In: Coleção Os Economistas. 5. vol. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 39. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos das desigualdades entre os homens**. Introdução de João Carlos Brum Torres. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre, RS : L&PM, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

SOUZA, A. C. R. **Função Social da Propriedade**: os instrumentos legais para sua execução no meio urbano. 2017. Dissertação (Mestrado Profissional) – Universidade Federal de Larvas, Minas Gerais.

INTERPRETAÇÃO DA IMUNIDADE DO ART. 150, VI, 'C', DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL EM RELAÇÃO AOS IMPOSTOS "INDIRETOS" SOB A PERSPECTIVA DO "CONCEITO DE CONTRIBUINTE"

José Manuel Fonseca Martinez

1 INTRODUÇÃO

É induvidoso que a unidade e a ordenação do sistema jurídico são cruciais para que o mesmo não se torne um mero depósito de enunciados dissociado de qualquer lógica racional.

Em tendo, então, suas "*paredes*" delineadas pela Constituição Federal, o sistema, para tomar unidade e ser ordenado, deve, em seu todo, respeitar os valores exarados na própria Carta Constitucional, de modo que não é dado ao legislador infraconstitucional, portanto, editar leis que não se coadunem valorativamente com o epicentro/núcleo duro do sistema (CANARIS, 2002, p. 66-67), que, obrigatoriamente, deve ser visualizado em todas as normas que integram o sistema jurídico.

No subsistema tributário[14] - *um recorte do sistema constitucional* -, que, por evidente, parte do núcleo duro do sistema constitucional, temos, também, uma série de diretivas mais específicas que precisam ser respeitadas,

14 Todos os subsistemas são abrangidos pelo sistema constitucional e tem por sua base fundante o núcleo duro de valores que o próprio sistema constitucional exara.

a capacidade contributiva – *que pode ser interpretada como um reverberação do superprincípio da igualdade na seara tributária* –, a legalidade, a irretroatividade..., todos esses são princípios que conformam o subsistema tributário e, em conjunto, viabilizam a unidade e ordenação do mesmo.

Nesse sentido, a relevância das imunidades subjetivas no sistema constitucional-tributário é inenarrável, consubstanciando-se, pois, em uma delimitação negativa da competência tributária, que decorre logicamente dos princípios elementares do subsistema tributário.

É dizer, a imunidade subjetiva estabelece uma zona de incompetência para a exação e tem por seu escopo proteger determinados contribuintes pela posição em que eles se encontram.

É o que ocorre com as instituições listadas no art. 150, VI, 'C', que são protegidas em razão da essencialidade das atividades que prestam, não sendo dotadas, no mais das vezes, de capacidade para concorrerem com as despesas públicas gerais, é dizer não sendo dotadas de capacidade contributiva – *elemento essencial para tributação* – (TIPKE, 2012, p. 20).

O primeiro ponto que já se identifica do presente trabalho, portanto, diz respeito ao fato de que não se pode ignorar a proteção constitucionalmente fornecida a essas entidades, o legislador infraconstitucional, portanto, ao editar leis deve cuidar de observar as limitações de competência que lhe são derrogadas, isto sob pena de ferir de morte instituições que, repiso, são protegidas em função da essencialidade de suas atividades.

Daí, ante a complexidade de nosso subsistema tributário, com a existência de repasse econômico no que atine aos impostos "*indiretos*" (CF – Art. 153, §3º, II; e Art. 155, §2º, I) surge uma maior dificuldade de realização do quanto se encontra posto nas normas imunizantes, já que figurando enquanto contribuinte econômico/contribuinte de "fato" as entidades imunes não participam da relação jurídico-obrigacional tributária.

Dificuldades de operacionalização do direito, contudo, não podem conduzir a injustiças no bojo de um Estado de Direito fundado sob a égide da justiça. Klaus Tipke leciona que: "*Em um Estado de Direito tudo deve o quanto possível ocorrer com justiça. Essa é a mais alta exigência, que se pode fazer perante ele. Essa exigência não pode em sua essência ser anulada ou deslocada por outras exigências.*" (TIPKE, 2012, p. 13)

Este trabalho. portanto, busca explorar a interpretação atribuída à regra imunizante do art. 150, VI, 'C', com relação aos impostos "*indiretos*"

sob a luz da fundamentalidade material das normas de imunidade, é dizer aquelas situações em que as entidades imunes figurem na condição de contribuintes econômicos e não enquanto contribuintes legais da exação.

No tópico abaixo, se procederá com uma breve delimitação do objeto da presente investigação.

2 DELIMITAÇÃO DO OBJETO DA PRESENTE INVESTIGAÇÃO

É necessário aludir ao fato de que não é o objetivo deste trabalho se debruçar acerca do conceito de imunidade subjetiva (BALEEIRO, 1997, p. 228) - *o sendo considerado, em verdade, um pressuposto* -, o objetivo é um tanto mais restrito, buscando-se traçar os limites da norma imunizante do art. 150, VI, 'c' - *sob a luz de sua fundamentalidade material* -, em relação aos impostos tidos por "*indiretos*", sob a perspectiva do conceito de contribuinte[15].

Há que se ressaltar que não foi encontrada na doutrina pátria uma investigação da matéria com ênfase na perspectiva adotada por este trabalho, é dizer quando a Constituição Federal estabeleceu uma norma de não competência em relação a instituição de imposto sobre "*renda, patrimônio e serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos*", ela fazia referência apenas às hipóteses de sujeição passiva legal - *quando a entidade imune fosse contribuinte legal/ de "iure"* - ou, também, às hipóteses em que a entidade suportasse o(a) repasse/incidência econômico(a) do imposto "*indireto*" - *figurando na condição de contribuinte econômico/de fato* -?

Estes serão pontos explorados no decorrer deste artigo, que sempre cuidará de uma interpretação sistemática e conforme os dispositivos constitucionais, analisando as limitações constitucionais derrogadas no que tange ao estabelecimento do pólo passivo da relação jurídico tributária e suas reverberações na interpretação atribuída à norma imunizante interpretada neste artigo.

15 Como se verá abaixo, defende-se, neste trabalho, a existência de um contribuinte legal e de um contribuinte econômico, cuja relevância jurídica não pode ser ignorada pela legislação pátria e pelos aplicadores do direito.

Trata-se o presente trabalho, pois, que explora uma área um tanto quanto obscura na doutrina brasileira. Não se trata de uma análise teratológica das imunidades, mas, sim, de uma proposta de visualização das normas imunizantes sob uma perspectiva diferente, que, não necessariamente, vai implicar nas tradicionais conclusões da doutrina pátria.

Ressalte-se, também, que trata-se o presente trabalho de uma investigação de Ciência do Direito, de modo que discussões que desemboquem na operacionalização das conclusões aqui atingidas - *muito embora sejam relevantes* - não serão objeto deste trabalho.

Em razão disso, o trabalho é dividido em 6 tópicos, cada qual com relevante importância para as conclusões atingidas e elencadas ao fim do mesmo.

3 IMPOSTOS "*DIRETOS*" E IMPOSTOS "*INDIRETOS*"

Antes de adentrar, em efetivo, no objeto direto do presente trabalho, faz-se necessário introduzir um tema colateral cujo entendimento é essencial para a compreensão das ideias aqui apresentadas.

De primeiro, é necessário observar que os diversos impostos que compõe o sistema tributário são dotados de natureza/regime diversos. Não há, pois, um regime unívoco para todos os impostos, ao passo em que alguns são unifásicos outros são plurifásicos, ao passo em que uns são seletivos outros não o são, por exemplo.

É induvidoso, portanto, que diversos seriam os critérios hábeis a permitir um recorte dentro do bojo do próprio subsistema tributário para tratar de algum(ns) imposto(s) especificadamente. Ocorre que, não é adequado trabalhar de forma concomitante com uma série de classificações/critérios de distinção, motivo pelo qual, neste trabalho, se adota um único critério[16], qual seja o da existência ou não de presunção jurídica de repasse econômico.

Para os fins deste trabalho, portanto, a distinção que interessa é a dos impostos "*diretos*" e "*indiretos*", não ignorando o fato de que é uma classificação criticada por diversos doutrinadores, dentre os quais Klaus

16 Há que se ressaltar que a pluralidade de classificações não é ignorada por este Autor, contudo, para um recorte metodológico mais adequado, a distinção partindo de apenas um critério de classificação se torna mais eficiente.

Tipke, cuja crítica delineada concordamos na integralidade (TIPKE, 2012, p. 127).

Por evidente, no entanto, este não é o objeto do trabalho, de modo que a distinção aqui realizada - *que poderia ser objeto, inclusive, de um artigo autônomo* - será um tanto quanto simples.

Nos tributos "*diretos*", a regra é que o ônus econômico do mesmo recaia sobre o contribuinte apontado pela lei como sujeito passivo da relação jurídico-tributária, ao passo em que nos tributos "*indiretos*" quem suporta o ônus da incidência econômica do tributo é um terceiro alheio à relação jurídica obrigacional tributária instituída pelo legislador infraconstitucional (SCHOUERI, 1987, p. 42).

Os impostos que são objeto deste trabalho são aqueles que repercutem economicamente ao longo da cadeia de consumo, tendo seu ônus repassado, ao fim e ao cabo, ao adquirente último daquele dado produto - *consumidor final que não poderá compensar o crédito em nenhuma outra operação* -, de modo que a incidência econômica do imposto acaba que por ser suportada por um terceiro alheio à relação jurídica obrigacional tributária.

3.1 Repasse/Repercussão econômica ínsita aos impostos de cunho "*indireto*" - regra da não-cumulatividade

Por certo, que a relação jurídico-tributária é uma relação de caráter obrigacional, de modo que tem-se um sujeito ativo, em crédito, e um sujeito passivo, em débito. Orbitando entre esses sujeitos encontra-se o objeto da obrigação, qual seja a prestação, que, para maior parte da doutrina, se consubstancia em uma prestação pecuniária compulsória.

Ocorre que, por meio de uma pueril análise da relação jurídica tributária, estando determinado sujeito em débito, poder-se-ia chegar a falsa conclusão de que, por figurar no polo passivo da relação obrigacional, o sujeito necessariamente arcaria com o ônus da incidência econômica do tributo.

Isto não é verdade, ao menos no que tange os impostos "*indiretos*", em que, a regra é o repasse econômico, sendo o ônus da exação tributária, ao fim e ao cabo, suportado pelo consumidor final, que, em nosso sentir, figura em uma condição *sui generis* de contribuinte, como brilhantemente alude Klaus Tipke.

Há que se ressaltar que a repercussão econômica dos tributos "*indiretos*" advém de mandamento constitucional[17], já que, sujeitos ao princípio da não-cumulatividade, que tem por objetivo evitar distorções no preço final, acabam que por onerar o consumidor final – *contribuinte econômico/de "fato"* – (CARRAZZA, 2011, P. 381).

Há que se falar, portanto, em uma presunção jurídica de repasse econômico do tributo, que, no mais das vezes, se vislumbra pela formalização do repasse do ônus na nota fiscal. O Supremo Tribunal Federal, inclusive, editou enunciado de súmula nesse sentido[18].

Vale mencionar, ainda, que, muito embora parcela relevante da doutrina opte simplesmente por ignorar este fato, a legislação infraconstitucional faz, sim, menção a existência de um contribuinte econômico/de "*fato*"[19], que embora não faça parte da relação jurídica obrigacional tributária é quem, em efetivo, arca com o ônus da incidência econômica do tributo.

Daí, faz todo sentido aludir a existência de duas modalidades de contribuinte, o **contribuinte legal**, integrante do polo passivo da relação jurídico-tributária obrigacional, – *ficção jurídica instituída pelo legislador infraconstitucional* – e o **contribuinte econômico** – *hipótese sui generis de contri-*

---

17 Constituição Federal de 1988 - Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre: [...] IV - produtos industrializados; [...] § 3º O imposto previsto no inciso IV: [...]II - **será não-cumulativo**, compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores;

[***]

Constituição Federal de 1988 - Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: [...]II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; [...] 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: I - **será não-cumulativo**, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;

18 Súmula nº 546 do Supremo Tribunal Federal - *Cabe a restituição do tributo pago indevidamente, quando reconhecido por decisão, que o contribuinte "de jure" não recuperou do contribuinte "de facto" o "quantum" respectivo*.

19 Código Tributário Nacional - Art. 166. A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.

buinte vislumbrada nos tributos indiretos e nas situações de substituição tributária, por exemplo -.

É certo, portanto, que ao cuidar da interpretação da legislação infraconstitucional não é dado ao interprete o direito de se afastar do quanto se encontra disposto no sistema constitucional/subsistema constitucional-tributário, já que entre as normas constitucionais e as demais não se observa apenas uma relação de ordem hierárquica, mas, sim, uma relação de fundamento de validade, não é suficiente para reputar uma norma como válida o simples fato de uma superior ter autorizado a sua criação, para ela ser válida, em verdade, ela tem de se coadunar ao sistema constitucional, sendo representativa de modo um tanto quanto mais específico dos valores que orientam a sua criação (WERNECK, 2018, p. 25).

Restando evidenciada a existência de presunção de repasse econômico no que atine aos impostos "indiretos", parte-se para o enfrentamento daquilo que pode ser reputado como elemento primordial para a interpretação da norma de imunidade proposta neste trabalho, a sujeição passiva tributária.

4 O PROBLEMA DA SUJEIÇÃO PASSIVA TRIBUTÁRIA NOS TRIBUTOS "*INDIRETOS*"

De forma quase que unânime a doutrina brasileira, no decorrer da história, não se aprofundou nas discussões atinentes ao polo passivo da relação jurídica obrigacional/contribuinte, o que, em um subsistema tributário tão complexo como o brasileiro, é de essencialidade primordial.

Especialmente no que atine aos impostos "indiretos" o estudo da sujeição passiva tributária é de grande relevância, já que, em havendo repasse econômico do tributo, seria, em nosso sentir, correto aludir à existência de duas diferentes categorias de contribuinte - *que serão ainda neste trabalho estudadas* -, quais sejam: a) Contribuinte legal; e b) Contribuinte econômico.

4.1 Contribuinte enquanto expressão dual - Contribuinte legal e Contribuinte econômico

Como já aludido, diferentemente do que apregoa quase que a integralidade da doutrina, é defendida neste trabalho uma concepção jurídica

dual de contribuinte, é dizer, defende-se a existência de duas modalidades autônomas - *em certo ponto complementares* - de contribuinte, cada qual com sua relevância jurídica.

Como já fora linhas atrás exarado, a concepção deste trabalho tem por sua gênese o entendimento de, que no ordenamento jurídico pátrio, a expressão "*contribuinte*" é dotada de um caráter dual, havendo que se falar na existência de um contribuinte legal e de um contribuinte econômico - *este amplamente ignorado pela doutrina tupiniquim em matéria tributária* -.

Por evidente, não necessariamente se vislumbrará nas relações jurídico-tributárias a ausência de identidade entre os contribuintes - *legal e econômico* -, ressalte-se que, nos tributos "*diretos*", a regra é que o contribuinte legal seja, também, o contribuinte econômico - *salvo hipóteses de responsabilidade ou substituição tributária* -.

Essa diferenciação ganha relevância, contudo, quando tratamos dos impostos "*indiretos*", já que nestes, com a presunção de repasse econômico, via de regra, não observamos uma identidade entre os contribuintes, é dizer, em ordinário, o contribuinte legal não será o mesmo que o contribuinte econômico.

Dessa forma, a partir do momento em que temos situações dentro do sistema jurídico em que não há identidade entre os contribuintes, é essencial proceder com uma distinção entre as categorias, sob pena de incorrermos em situações em que a ordenação e unidade do sistema reste prejudicada.

Assim, perquirindo acerca de uma adequada distinção entre as modalidades de contribuinte defendidas por este trabalho, temos que o contribuinte legal se consubstancia em não mais do que o sujeito integrante do polo passivo da relação jurídica obrigacional tributária, é dizer é o sujeito - *definido pela legislação infraconstitucional* - integrante da relação jurídico-tributária obrigacional, estando, pois, em débito com o sujeito ativo da relação jurídico-tributária, que, sendo credor, pode lhe exigir o cumprimento da prestação pecuniária compulsória.

A definição atribuída ao contribuinte econômico, no entanto, é completamente diversa desta, consubstanciando-se, pois, no sujeito que arca com a incidência econômica do tributo, é dizer, embora não necessariamente titularize uma relação jurídica com o Fisco, é quem, em efetivo, suporta com o ônus do tributo incidente na operação, é aquele sujeito que suporta o gravame financeiro da incidência tributária.

Da breve explanação acima realizada, não restam dúvidas acerca da distinção entre os contribuintes - *legal e econômico* -, reiterando-se, contudo, que ambos apresentam relevância no sistema jurídico pátrio.

No próprio subsistema tributário figura previsão expressa de existência de repasse econômico dos impostos "*indiretos*" (CF - Art. 153, §3º, II; e Art. 155, §2º, I), não podendo, portanto, uma figura com relevância constitucional ser ignorada na interpretação das normas do direito pátrio. O nosso sistema é alicerçado sob uma concepção dual de contribuinte e a diferenciação de suas acepções não pode ser ignorada pelos aplicadores do direito.

No subtópico abaixo, se procederá com uma análise um pouco mais profunda acerca do contribuinte legal, o qual, ordinariamente, é chamado meramente de "*contribuinte*", generalidade com a qual, como já exposto, ante a existência de duas acepções para a expressão "*contribuinte*", não concordamos.

4.2 Contribuinte de "*iure*"/legal enquanto ficção jurídica

É importante observarmos o fato de que o polo passivo da relação jurídica obrigacional é definido pelo legislador infraconstitucional, é dizer com a competência tributária que lhe é atribuída, o legislador infraconstitucional constrói o arquétipo da relação jurídica obrigacional tributária, elegendo, pois, um sujeito passivo que comporá a relação com o ente tributante.

O legislador infraconstitucional não define quem vai arcar com o ônus econômico do tributo, ele tem o escopo apenas de definir o sujeito que vai ser perseguido para proceder com o cumprimento da prestação, não sendo obrigatório, contudo, que seja este o sujeito que suporte o ônus financeiro/econômico da incidência tributária.

Nesse sentido, temos que o polo passivo da relação jurídica obrigacional - *expressão, inclusive, um tanto quanto melhor que contribuinte legal/de "iure"* - é mera ficção jurídica definida pelo legislador infraconstitucional[20] com o viés de viabilizar a cobrança dos tributos, trata-se pois de questão de operacionalização do direito.

20 Nesse sentido, ver voto de Aliomar Baleeiro no RE nº 69.506/SP, fl.5.

Não é plausível, pois, em certas circunstâncias, ignorar a realidade em detrimento da ficção jurídica determinada pelo legislador infraconstitucional.

A título de exemplo, se temos uma entidade "titular" de imunidade subjetiva, não é adequado que, por atuação do legislador infraconstitucional, pelo simples fato de não figurar no polo passivo da relação jurídico-tributária - *contribuinte legal* -, ela não goze do beneplácito que lhe é de direito.

Em suportando o ônus da incidência econômica do tributo, correto seria que a entidade imune também pudesse gozar da imunidade da qual é "titular", a limitação verificada em casos como este é uma grande aberração jurídica sem espeque constitucional,em nosso sentir, é defeso na constituição a aplicação da imunidade tanto nas hipóteses em que a entidade imune figure na condição de contribuinte legal como nas hipóteses em que figure enquanto contribuinte econômico.

Repiso, a ficção jurídica - *definida pelo legislador infraconstitucional, que, portanto, deve submissão à Carta Magna* - não pode se sobrepor à realidade econômica da operação.

Feitas estas considerações, ruma-se ao quinto tópico deste trabalho, em que se tecerá considerações acerca da interpretação que deve ser dispensada à norma imunizante do art. 150, VI, 'C'.

5 INTERPRETAÇÃO DISPENSADA AO ENUNCIADO IMUNIZANTE DO ART. 150, VI, 'C' EM RELAÇÃO AOS IMPOSTOS "*INDIRETOS*"

Por certo que os preceitos de imunidade, na divisão proposta por Paulo de Barros Carvalho, se consubstanciam em regras de estrutura, já que apresentam grande relevância na forma de criação de novas regras jurídicas que devem se amoldar ao sistema jurídico (CARVALHO, 2018, p. 204), sob pena de não serem comportados pelo mesmo e, consequentemente, serem inválidas.

Tratam-se esses preceitos de imunidade, pois, de regras que dispõe acerca da construção de outras regras, são, portanto, normas que vão colaborar com o traçado da competência tributária dos entes tributantes, estabelecendo situações de incompetência para tributação, é dizer situações sob as quais o ente tributante não é dotado de poder tributário.

Induvidoso é o fato de que a natureza dos impostos "*indiretos*" torna o estudo da norma imunizante em questão muito mais complexo, com a complexidade, contudo, deriva a relevância de se traçar limites mais claros acerca da imunidade do Art. 150, VI, 'C', fornecendo uma maior segurança jurídica aos contribuintes – *legal e econômico* – e evitando o cometimento de abusos por parte do ente tributante.

Diante de tudo que já fora exposto, o entendimento/conclusão do presente trabalho já deve ser translucido ao leitor mais atento, de modo que: *I)* diante de existência de duas modalidades de contribuinte em todas as situações em que incide tributo – *legal e econômico* –, que, não necessariamente, serão "ocupadas" pelo mesmo sujeito; *II)* observando ainda a dicção da regra imunizante, que não faz qualquer menção a restrição de gozo do beneplácito apenas às hipóteses em que a entidade imune figure enquanto contribuinte legal; *III)* observando, também, a fundamentalidade material das normas de imunidade e a ausência de capacidade contributiva das entidades enunciadas no Art. 150, VI, 'C'; *IV)* não ignorando, ainda, a máxima – *que deve ser visualizada com ressalvas*[21] – de que a imunidade se interpreta ampliativamente; a compreensão defendida nesta obra vai no sentido de que a interpretação que deve ser atribuída à norma imunizante do Art. 150, VI, 'C', abarca não apenas as hipóteses em que as entidades imunes figurem enquanto contribuintes legais/de direito/polo passivo da relação jurídica obrigacional tributária, mas, também, àquelas hipóteses em que figurem como contribuinte econômico/de "fato", suportando, portanto, o repasse/ônus econômico do tributo.

Dessa forma, em nosso sentir, a interpretação que encontra guarida no sistema jurídico pátrio, vai no sentido de considerar imunes as entidades enunciadas no art. '150, VI, 'C' da Constituição Federal sempre que figurem na qualidade de contribuinte, não interessando se figuram tanto na qualidade de contribuinte legal e econômico, como apenas na qualidade de contribuinte econômico.

O ineditismo dessa conclusão, encontra paralelo apenas na concepção defendida pelo genial Aliomar Baleeiro (BALEEIRO, 1997, p. 230), que, igual modo, compartilhava do entendimento de que o contribuinte

21 A ressalva reside no próprio limite do sistema, é dizer a interpretação deve ser tão ampla quanto o sistema permitir, não podendo, contudo, se sobrepor às margens do sistema.

econômico/de "fato" titular de imunidade subjetiva deveria fazer uso do beneplácito que lhe é de direito nessas operações[22], pois a proteção fornecida pela Constituição tinha como intuito proteger o patrimônio daquela dada entidade, não podendo a ficção jurídica instituída pelo legislador infraconstitucional - *contribuinte legal* - se sobrepor a realidade econômica da operação, na qual o ônus econômico é suportado pela entidade imune.

6 CONCLUSÃO

Não se pode ignorar, o fato de as "margens"/limites subjetivos do sistema jurídico serem delineadas pelo núcleo duro da própria Constituição, é dizer se determinado dispositivo infralegal não se coaduna com o quanto se encontra posto na Carta Constitucional, ele não é adequado ao sistema, devendo ser extirpado do mesmo sob pena de tornar o sistema incoerente em seu próprio bojo.

Nesse sentido, muito embora ampla doutrina ignore solenemente a existência de duas modalidades de contribuinte, é, neste trabalho, dada relevância jurídica tanto para o contribuinte legal, como para o contribuinte econômico, chegando-se a conclusão de que um mesmo sujeito pode tanto figurar concomitantemente como contribuinte legal e econômico, como pode figurar enquanto contribuinte apenas em uma das categorias, não sendo desconfigurada, contudo, a sua qualidade jurídica de contribuinte.

No mesmo sentido, aprofundando o entendimento acerca do contribuinte legal, chegou-se a conclusão de que se trata de mera ficção jurídica instituída pelo legislador infraconstitucional com o objetivo de viabilizar/operacionalizar a cobrança dos tributos.

É também em razão disso que o contribuinte econômico não pode ser ignorado, já que a mera ficção jurídica não pode se sobrepor a realidade econômica da operação, o contribuinte econômico é previsto constitucionalmente e, enquanto figura constitucional, deve ter a sua relevância jurídica observada.

---

22 A diferença da conclusão atingida neste trabalho diz respeito ao fato de que Aliomar entendia como aplicável a imunidade com relação aos tributos "indiretos" apenas na hipótese em que a entidade imune figurasse enquanto contribuinte econômico, não fazendo jus ao beneplácito quando na condição de contribuinte legal.

Ficção jurídica definida pelo legislador infraconstitucional não pode retirar a efetividade dos direcionamentos dados pelos dispositivos constitucionais.

Diante das considerações que foram tecidas no decorrer desse trabalho, conclusão outra não podemos chegar que não a de que é, sim, devido o reconhecimento do benaplácito imunizante em relação àquelas operações em que a entidade imune figure na qualidade de contribuinte econômico/de "fato", arcando, em efetivo, com o ônus da incidência econômica do tributo.

Essa é a interpretação que melhor se coaduna com o sistema jurídico pátrio, já que além de se compatibilizar com as margens do sistema, promove da melhor forma possível os valores constitucionais, permitindo, ainda, a observância das regras de imunidade em sua fundamentalidade material, já que viabilizam o cumprimento do objetivo das normas imunizantes, ao evitarem a afetação do patrimônio de determinadas entidades em razão da essencialidade das atividades que prestam.

REFERÊNCIAS

BALEEIRO, Aliomar. Limitações Constitucionais ao poder de tributar, 7ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997

BRITO, Edvaldo. Direito tributário e constituição: estudos e pareceres -1ª ed. - São Paulo: Atlas, 2016.

CANARIS. Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p.66-67.

CARRAZZA, Roque Antonio. ICMS, 15ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. Sujeição Passiva Tributária, - Belém: Cejup, 1ª ed., 1986.

MÁSERA, Marcos Alexandre. A imunidade tributária das instituições comunitárias de educação superior em relação ao ICMS e a efetividade do direito fundamental à educação; Tese de Mestrado - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2016.

SCHOUERI, Luís Eduardo. A restituição de impostos indiretos no sistema jurídico-tributário brasileiro. RAE-Revista de Administração de Empresas, [S.l.], v. 27, n. 1, p. 39-48, jan. 1987. ISSN 2178-938X. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rae/article/view/38958>.

TIPKE. Klaus. Justiça Fiscal e princípio da capacidade contributiva - São Paulo: Malheiros, 2002.

TIPKE, Klaus. Moral tributária do estado e dos contribuintes, tradução por Luiz Dória Furquim - Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2012.

WERNECK, Leandro Aragão. *O princípio sistêmico da tipicidade tributária*. Dissertação de Mestrado - Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, 2018.

SOBERANIA ESTATAL, SOFT LAW E NOVAS INSTITUCIONALIDADES

Angela Limongi Alvarenga Alves

Introdução[23]

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, com a interferência de novos sujeitos na atuação do Estado, bem assim, na composição do direito pela via da *soft law*, verifica-se a gradativa perda do monopólio normativo estatal, e, com isso, tem-se a erosão da exclusividade estatal na produção do direito. A introdução de normas externas ao âmbito estatal a interferir no direito interno dos Estados, impõem a (re)compreensão da noção de soberania.

Por tudo isso, verifica-se uma incompatibilidade entre a teoria e a práxis. O presente artigo analisa a reformulação da soberania diante dessas transformações. Especificamente, objetiva-se identificar e compreender a soberania estatal contemporânea, bem assim, as suas transformações, decorrentes da *soft law*.

23 O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

1 Compreendendo a Soberania

A doutrina clássica da soberania foi elaborada ao longo de séculos por teóricos, clássicos da política, como Jean Bodin (em 1576), Thomas Hobbes (em 1651), John Locke (em 1689), Charles Montesquieu (em 1748), Jean-Jacques Rousseau (em 1762) e Emmanuel Sieyès (em 1789) que a concebem de diversas formas.[24]

---

24 Jean Bodin (1986) entende a soberania como poder uno, indivisível e incontrastável de autogoverno do Estado, pertencente ao soberano, figura essa que se confundia com o próprio Estado. Thomas Hobbes (1984) entende que os direitos monárquicos de decisão suprema constituem a essência da soberania e da própria política, inobstante tenha ele posteriormente redesenhado a teoria anterior de forma a permitir a compreensão das manifestações de poder do Estado como produto de um sistema de cooperação juridicamente coordenada (RANIERI, 2013, p. 96). Charles Louis Montesquieu (2005) preocupa-se com os limites do poder, que por sua vez derivam de um problema político. A partir daí, identifica as limitações inerentes ao poder político em dados extrajurídicos como condicionantes da ordem jurídica (RANIERI, 2013, p. 99). Jean-Jacques Rousseau (2007) propõe a reflexão acerca da preservação da liberdade natural do ser humano e ao mesmo tempo da garantia de segurança e bem-estar em sociedade. Tal desiderato só se viabiliza com a conformação ao contrato social, por meio do qual prevalece a soberania da sociedade, a soberania política da vontade coletiva: o elemento volitivo consubstanciado em povo e a criação da soberania popular. Emmanuel Joseph de Sieyès (1988), nos idos do século XVIII, acerca do poder constituinte, expressa a ideia de que a nação é preexistente ao próprio Estado e sua vontade é sempre legal, porque representativa da própria lei, só existindo acima dela o direito natural. Para as leis positivas, basta o exame das leis constitucionais que regulam a organização e as funções do poder legislativo. As leis são fundamentais, não por serem obra de um poder constituído, mas de um poder constituinte, que não se encontra subjugado a nenhum outro (BULOS, 2013, p. 131). A soberania, pertence à nação em generalidade, essa no sentido de não se limitar em exercício a nenhuma parcela de indivíduos, pois que, pertencente à comunidade inteira. John Locke, por sua vez, propõe a soberania do povo através do parlamento. Para ele, o Estado não é um fim em si mesmo, mas instrumento da missão confiada pelo povo aos governantes (RANIERI, 2013, p. 98), o que ia ao encontro dos ideários dos revolucionários franceses e americanos e que se aspergiram mundo afora. Tendo em vista essas concepções, as teses clássicas são normalmente caracterizadas pela doutrina como as legislativas ou as executivas (MIRANDA, 2015, p. 126). 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. Assim como quem sustente que soberano é quem decreta o estado de exceção (assim a doutrina jurídica de Carl Schmitt).

Todas essas teorizações, ainda que não tenham como fundamento único a soberania estatal, mas variações como soberania 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, p. 39).

Assim, lançadas as bases teóricas da soberania, diversos estudiosos se ativeram em aprofundá-la, cuidando principalmente de suas implicações e desdobramentos. Na Alemanha, no século XIX, pesquisas acuradas no campo das filosofias política e jurídica passaram a conceituar o Estado como um organismo determinado pelo seu fim e caracterizado pela formação mecânica e pela adaptação às necessidades objetivas que lhe dão a razão de ser, elaborando-se por fim, uma ideia de Estado, segundo a qual o mesmo constitui uma realidade moral. A soberania estatal, decorre, portanto, da unidade do Estado, como ser com personalidade (PAUPÉRIO, 1958, p. 111).

Tais estudos abriram caminho para que a publicística alemã concebesse a ideia de Estado como ideal, ético, formado por um processo histórico e psicológico, defendendo a existência de uma personalidade, consolidada ainda 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 se sedimenta na modernidade e chega até os presentes dias (PAUPÉRIO, 1958, p. 112-113). 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 estatal, enquanto poder originário e exclusivo que tem o Estado de declarar e assegurar por meios próprios o seu direito e de resolver em última instância sobre a validade de todos os ordenamentos jurídicos internos (REALE, 2000, p. 157) – conceito esse que se fortalece e se sedimenta no campo teórico dos estudos sobre o Estado.

Com o impulsionamento da globalização, porém, novas lógicas de poder afetaram a forma pela qual o Estado administra seu próprio poder e interage com os diversos setores sociais, alterando, drasticamente, a sobe-

rania. Assim, passa-se a analisar a produção normativa criada pela via da *soft law* na atualidade, bem assim no surgimento de novas institucionalidades que revelam, por fim, além das transformações na soberania, também novas epistemologias para o Estado contemporâneo.

2 *Soft law*

A intensificação do fenômeno da globalização favoreceu as atividades de instituições e organizações extraestatais que por sua vez, exercem suas funções para além do domínio dos Estados. Isso contribuiu, em muito, para a criação de consensos acerca de práticas e comportamentos a serem adotados em determinados temas considerados sensíveis ou relevantes, daí a consequente criação de normas de elaboração mais simplificada: a *soft law*.

Com a *soft law* cuida-se de pensar num conjunto normativo flexível, proveniente de instâncias para além do corpo estatal. Não há, no entanto, um conceito único de *soft law*, mas uma pluralidade de concepções.

No âmbito jurídico, Salem Hikmat Nasser (2006, p. 25), aduz o conceito genérico de *soft law* como regras cujo valor normativo seria limitado, seja porque os instrumentos que as contêm não seriam juridicamente obrigatórios, seja porque as disposições em causa, ainda que figurando em um instrumento constringente, não criariam obrigações de direito positivo, ou não criariam senão obrigações pouco constringentes.

Há, segundo ele, um desdobramento desse conceito, segundo o qual a *soft law* pode ser entendida como instrumento preparado por entes não estatais, com a pretensão de estabelecer princípios orientadores do comportamento dos Estados e de outros entes e tendendo ao estabelecimento de novas normas jurídicas (NASSER, 2006, p. 25).

Assim, a noção de *soft law* perpassa a ideia de normas que não são juridicamente obrigatórias, mas que também não são desprovidas de força legal. Assim, a *soft law* se refere às normas que não são obrigatórias por si mesmas, mas que desempenham um papel interpretativo importante na construção e compreensão dos princípios e normas do direito formal (SOUZA e LEISTER, 2005, p. 771).

Dentro dessas definições, alguns elementos podem ser encontrados, tais como conteúdo variável, ausência sistemática de publicidade, objetivos diversificados, ausência de sanção. Por vezes, a flexibilidade da regra

jurídica pode ser verificada mediante conteúdo flexível do texto, em outras, pela força não vinculante dos instrumentos jurídicos (OLIVEIRA e BERTOLDI, 2012, p. 6273).

Por isso, alguns teóricos indicam que a *soft law* consiste em um tipo normativo muito mais social do que legal, que geralmente, se refere a instrumentos internacionais escritos, à exceção dos tratados, que por sua vez contém princípios, normas, padrões ou declarações sobre o comportamento esperado (LIMA e REI, 2018, p. 857-858).

Seu surgimento não está atrelado a um marco temporal preciso. Porém, o termo teria sido empregado pela primeira vez em 1930, por Arnold McNair, para designar os princípios abstratos em oposição ao direito concreto (OLIVEIRA e BERTOLDI, 2012, p. 6273).[25] Os debates, no entanto, ganharam amplitude a partir dos anos 1970 em face emergência de entidades multilaterais, de caráter público e privado (OLIVEIRA e BERTOLDI, 2012, p. 6273).

Com a ordem global estabelecida no pós-guerra, a atividade de organismos multilaterais se intensificou e deu-se a necessidade de caracterização de um direito dotado de maior plasticidade, ao menos no que se refere à sua elaboração. Assim, órgãos como Organização das Nações Unidas (ONU) e suas respectivas agências, instituições egressas do sistema de gerenciamento econômico internacional, conhecido como "Sistema de Bretton Woods", como Fundo Monetário Internacional (FMI), Banco Mundial, Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (em inglês, *General Agreement on Tariffs and Trade* – GATT) – atual Organização Mundial do Comércio (OMC) passam a fazer uso desse tipo de normatividade, que por sua vez, passa a integrar o que se compreende por direito, alterando, profundamente a soberania estatal.

3 Soberania, *soft law* e novas institucionalidades

Diante do crescimento das atividades de organismos internacionais múltiplos e multiformes na contemporaneidade, observa-se a sua estreita relação com uma espécie de normatividade flexível que expressa o progressivo descentramento da regulação jurídica de sua forma estatal de ex-

25 Conforme Oliveira e Bertoldi (2012, p. 6271), a obra seria McNAIR, Arnold. *The funtions and deffering legal character of treaties*. British Year Book of International Law, 1930. p. 100.

pressão (VILLAS BOAS FILHO, 2016, p. 155) para formas menos rígidas e formais. Essas normas carreadas de elasticidade e plasticidade confluem pela *soft law*, criando um direto também menos rígido, pelo menos no que diz respeito a sua produção.

Com a inserção de novos atores internacionais a atuar conjuntamente com os Estados verificou-se que os instrumentos de codificação do Direito Internacional foram alterados por novas alternativas de cooperação transfronteiriça, com processo legiferante informal, ou seja, o modelo no qual somente a manifestação do consentimento dos Estados, mediante tratados e reconhecimento dos costumes, e, portanto, criador da norma internacional, vem sendo superado pela doutrina. Isso quer dizer que mesmo o Direito Internacional, que tradicionalmente, se baseia no consentimento dos Estados como instrumento de legitimação, tem seus pilares relativizados por outras influências (SOUZA e LEISTER, 2005, p. 770), sobretudo pela *soft law*.

Como instrumento de regulamentação, a *soft law* atuaria a partir da coordenação de atores, grupos sociais, instituições envolvidas na ação pública/política com a finalidade de definir os objetivos discutidos e definidos coletivamente, bem como a elaboração de programas de ação e de políticas públicas coordenadas, suscetíveis de permitir o adimplemento dos objetivos fixados, bem como a intenção de articulação de lógicas de ação divergentes através da negociação e, se necessário, pelo compromisso ou pela arbitragem (ARNAUD, 2014, p. 276).

Diferentemente do que ocorre com o direito proveniente dos Estados, que se funda, em grande medida, em normas de direito positivo, através de mecanismos internacionais, no que concerne aos instrumentos de que dispõem os atores que com ela operam, a regulação produzida se dá em caráter de *soft law*. E, assim, em diversas hipóteses, os *standards* e os indicadores que a compõem demandam, em tese, a intervenção dos Estados para se converterem em normas de direito impositivas (VILLAS BOAS FILHO, 2016, p. 157).

Esse corpo normativo não vinculante pode ser de origem pública ou privada. A principal diferença entre a *soft law* pública e a *soft law* privada é a autoridade da qual emana. São consideradas como públicas quando provém de autoridade estatal ou de organizações internacionais. "São da mesma forma normas não vinculantes e não possuem, a rigor, sanções

pelo seu descumprimento. Por outro lado, a *soft law* privada não se origina exclusivamente do poder estatal" (LIMA e REI, 2018, p. 861), sendo que:

> Muitas vezes, os atores privados são os principais responsáveis pela criação dessas regras, que surgem, independentemente da vontade dos Estados. Sua formulação decorre de processos privados, que podem, ou não, contar com a participação de governos e de Organizações Internacionais em um contexto de governança que conte com participação ampliada e cooperação no enfrentamento das questões de interesses comuns. É um contexto em que outros atores atuam operando ao lado ou ao redor do Estado, e não através dele (LIMA e REI, 2018, p. 861).

Muito embora a *soft law* se apresente como instrumento de baixa coercitividade, a prática, porém, revela que o seu conteúdo e alcance são bem mais concretos. Ressalta Orlando Villas Boas Filho (2016, p. 157) que em diversos domínios – da OMC ao Banco Mundial, passando pelos indicadores de agências de avaliação de risco, como *Moody's* e *Standard & Poors*, a intervenção estatal não é indispensável para que tais regulações assumam imposição efetiva (VILLAS BOAS FILHO, 2016, p. 157).

Nesse contexto se insere a *lex mercatoria*[26] que pode ser considerada

26 José Eduardo Faria (2004, p. 160-161) ensina que a *lex mercatoria* foi forjada a partir dos séculos XI e XII com base nas necessidades dos comerciantes e navegadores empenhados em abrir novos mercados, de contar com uma nova ordem jurídica que servisse aos seus interesses onde quer que atuassem. A *lex mercatoria* é um conjunto de regras e princípios costumeiros reconhecidos pela comunidade empresarial e aplicado nas transações comerciais internacionais independentemente de interferências governamentais. Tendo aparecido muito tempo antes do advento do Estado moderno, esse '*law merchant*' lida com um grupo particular de pessoas (os mercadores) em locais específicos (feiras, mercados, portos etc); é totalmente distinto dos direitos locais, feudais, reais e eclesiásticos; tem um caráter auto-regulador em escala transnacional; é administrado não por juízes, mas pelos próprios comerciantes, utilizando como critério básico o princípio da equidade e se destaca pela vinculação e segurança propiciada aos contratos, pela diversidade de procedimentos para o estabelecimento, a transmissão e o recebimento dos créditos e pela rapidez e informalidade da adjudicação. Com o tempo, porém, a economia internacional se expandiu, a comunidade empresarial se diversificou internamente e as práticas e costumes comerciais se tornaram cada vez mais complexos, perdendo assim a transparência e a previsibilidade originárias. A partir do Estado moderno, seu ordenamento jurídico progressivamente incorporou o 'direito dos mercadores' e a evolução do comércio mundial abriu caminho para o aparecimento

como grande corpo de normas de natureza transnacional e, apesar de ter seu advento na Idade Média, revela extrema atualidade, de vez que possui características bastante atuais, que o direito se refere como *soft law*, pois se traduz em regras que nascem e se desenvolvem longe dos comandos estatais, embora sejam reconhecidas e aplicadas diariamente no comércio mundial (FARIA, 2004, p. 160).

Encampando uma ampla gama de tópicos relevantes para as empresas e para o comércio em geral, à *soft law* se atribui a conexão de estratégias empresariais, tanto na seara interna dos Estados como internacionalmente, já que as empresas podem utilizar as normas privadas como referência para moldar, conduzir, comunicar e relatar suas estratégias, objetivos e atividades (LIMA e REI, 2018, p. 866).

No que se refere à ausência de intervenção estatal para o efetivo cumprimento de suas normas, no âmbito das instituições, a atuação da Câmara de Comércio Internacional (*International Chamber of Commerce* – ICC)[27] é digna de nota. Em seu âmbito de atuação figuram os "Termos Internacionais de Comércio" (*International Commercial Terms*), conhecidos pela abreviatura *Incoterms*[28], designando direitos e obrigações para as partes envolvidas que, como salienta Stelzer (2011, p. 41-42):

> Representam referências comerciais padronizadas, definindo direitos e deveres assumidos pelo importador e pelo exportador nas operações de comércio mundial. Sua criação se deve à necessidade de se estabelecer responsabilidades entre as partes envolvidas, ante a ausência de regras de natureza internacional oriundas dos Estados. Uma vez agregados aos contratos de comércio, os ter-

do Direito Internacional Privado.

27 Sediada em Paris, foi fundada em 1919 com o objetivo de servir ao mundo empresarial através da promoção comercial e de investimento, bem como para abrir os mercados de bens, serviços e livre fluxo de capitais. Cf. INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC). *What is icc?* Disponível em: <http://www.iccwbo.org/iccbfdfc/index.html>. Acesso em 10 jul 2019.

28 Conforme Stelzer (2011, p. 41-42), os *Intercoms* são condições de compra e venda de um bem, condensadas em uma sigla de três letras, na qual se estipula a divisão de custos (composição do preço da mercadoria) e o momento de transferência de riscos (local da entrega do bem ao comprador).

> mos passam a ter força legal, assegurando execução judicial, caso necessário. Apesar de ausente regra nacional que incorpore tal direito, os termos incorporam-se ao uso jurídico cotidiano nos negócios mundiais.

Considerado um dos mais importantes instrumentos de pagamento bancário utilizados no mundo, o *Uniform Customs and Practices for Documentary Credits* (UCP) que regulamenta as cartas de crédito internacionais, constitui importante corpo normativo muito utilizado no meio empresarial. Se hoje é possível contar com harmonia procedimental nas negociações bancárias, isso ocorre porque houve uniformidade na iniciativa privada ao abrigo da CCI (STELZER, 2011, p. 42).

Nesse mesmo sentido, segundo Stelzer (2011, p. 43), emergiram também as disposições da *International Standard Banking Practices* (ISBP), que visam a uniformização da interpretação das regras internacionais referente à atividade bancária, indicando às instituições financeiras as obrigações a que estão vinculadas, refletindo a norma internacional para a prática bancária relativa ao crédito bancário, em complementação à UCP.

Além disso, há ainda a solução privada de arbitragem. Ela retrata um campo jurídico que não se identifica com o território nacional e tampouco com regras de ordem pública a serem obedecidas. Nas transações comerciais interessa a tecnicidade das soluções de lides privadas, a *expertise* dos julgadores envolvidos, a precisão na abordagem da causa, a celeridade do rito processual, a desvinculação com preocupações de caráter social e o alcance de resposta ágil, sem as amarras do poder público estatal (STELZER, 2011, p. 43).

A *soft law* surge em foros internacionais como potente instrumento político que expressa a vontade dos Estados no âmbito do direito internacional público dirigido à sociedade internacional e às relações internacionais. Não obstante, acaba influenciando, também, a arquitetura do direito interno dos Estados, com a reprodução e adequação, nos ordenamentos nacionais, de diversas normas, desenhadas e prescritas naqueles foros internacionais, posicionando-se, assim, como uma importante fonte não apenas para o direito internacional, também para o próprio direito interno dos Estados (MENEZES, 2005, p. 155).

O resultado disso é que os cidadãos cada vez mais consomem e obe-

decem a um direito aparentemente interno, produzido dentro de todos os rigores legislativos disciplinados pelo direito interno, mas, na realidade, esse direito é geneticamente internacional, pois é produzido e derivado de foros internacionais e reproduzido, copiado, pelos Estados (MENEZES, 2005, p. 216).

Dessa forma, evidencia-se a criação de outros *locus* de produção e de administração do direito para além do Estado, em detrimento da soberania estatal e de tudo o mais que ela implica, mormente, exclusividade e centralidade estatais na produção normativa. Estabelecem-se, assim, novas institucionalidades e epistemologias que permitem a compreensão do Estado contemporâneo.

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 os mecanismos de *soft law* 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 *soft law* estabelece novas institucionalidades e transforma a cultura política através da introdução de novos sujeitos 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 esse direito plástico e flexível emana, 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 *soft law* demonstram a corrosão dessa estrutura fixa, permitindo afirmar que a soberania deixa de ser um ponto inquestionável e incontrastável, mitigando definitivamente a exclusividade estatal na pro-

dução 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 através da *soft law*, significa pensar uma soberania, no mínimo, reformatada, bem diferente daquela pensada e teorizada desde a paz de Westphalia.

Referências

ARNAUD, André-Jean. *La governance*: un outil de participation. Paris: LGDJ, 2014.

BODIN, Jean. *Les six livres de la République*. Paris: Fayard, 1986.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2013.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004.

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC). *What is icc?* Disponível em: <http://www.iccwbo.org/iccbfdfc/index.html>. Acesso em 10 jul 2019.

LIMA, Luciana Cristina da Conceição; REI, Fernando Cardozo Fernandes. O papel da soft law privada no enfrentamento da problemática socioambiental global. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, v. 13. n. 2. p. 855-879, 2018.

McNAIR, Arnold. *The funtions and deffering legal character of treaties*. British Year Book of International Law, 1930.

MENEZES, Wagner. *Ordem global e transnormatividade*. Ijuí: Unijuí, 2005.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NASSER, Salem Hikmat. *Fontes e normas do direito internacional*: um estudo sobre a *soft law*. 2 ed. São Paulo: Altas, 2006.

OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva; BERTOLDI, Márcia Rodrigues. A importância da soft law na evolução do direito internacional. *RIDB*, Lisboa, n.10. p. 6265-6289, 2012.

PAUPÉRIO, Arthur Machado. *O conceito polêmico de soberania*. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

RANIERI, Nina. *Teoria do Estado*: do Estado de direito ao Estado democrático de direito. Barueri: Manole, 2013.

REALE, Miguel. *Teoria do direito e do Estado*. São Paulo: Saraiva: 2000.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Martin Claret, 2007.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *O que é o terceiro estado?* Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.

SOUZA, Leonardo da Rocha; LEISTER, Margareth Anne. A influência da soft law na formação do direito ambiental. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v.12. n. 2. p. 767-784, 2005.

STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In: STELZER, Joana; CRUZ, Paulo Márcio. *Direito e transnacionalidade*. Curitiba: Juruá, 2009.

VILLAS BOAS FILHO, Orlando. O impacto da governança sobre a relação jurídica contemporânea: uma abordagem a partir de André-Jean Arnaud. *Revista Redes*, Canoas, v. 4. n.1. p. 145-171, 2016.

ATENDIMENTOS DE EMERGÊNCIA PRESTADOS PELA SAÚDE PÚBLICA QUE RESULTAM EM DANOS IATROGÊNICOS

Vanessa Moreira Coelho
Júlia de Paula Vieira

1. INTRODUÇÃO

O atendimento em hospitais públicos, ou qualquer prestação de serviços que diz respeito à saúde, por serem de relevância pública, estão totalmente ligados ao controle do poder público, tomando para si a obrigação de garanti-la. Devendo atuar de forma preventiva (por meio de políticas sociais e econômicas) ou curativa (por meio de tratamentos individuais e em situações distintas), uma vez que envolve uma filiação à ideia de seguridade social.

A respeito do tema tratado, estuda-se uma vertente do Direito à saúde em um âmbito individual, no qual o ser que ali se encontra, está em uma situação peculiar necessitando de internações, intervenções e fornecimentos de medicamentos em estado de emergência. A saúde é um Direito Constitucional subjetivo público:

> 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 a promoção, proteção e recuperação (art. 196 da CF/88).

Infelizmente, atualmente os serviços que englobam os atendimentos à saúde, não somente a pública, estão muito aquém do que fora idealizado pelos constituintes. E, quando o Poder Público não consegue suprir com suas obrigações, a população se depara com estruturas totalmente ineficazes, sem suprimentos ou equipamentos, como reflexos de uma má administração pública; profissionais despreparados, como um espelho da atual educação de país, doravante, estes não serão os temas tratados neste artigo, e sim os resultados que provocam para a população e ao próprio poder público.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1- DEFINIÇÃO DE SAÚDE E SEUS PRINCÍPIOS NORTEADORES

Para poder explanar sobre o tema do proposto neste artigo, é necessária uma breve análise dos Princípios Constitucionais que circundam o Direito à saúde; começando por uma definição do que seria saúde. Segundo Philippus Aureolus, conhecido por meio do pseudônimo Paracelso, alquimista suíço, afirmava a importância do mundo exterior (leis físicas da natureza e fenômenos biológicos) para a compreensão do organismo humano (PARACELSUS, 1941, p. 43-126). Muitos filósofos conceituavam a saúde como sendo ausência de doenças, relacionando o corpo humano a uma máquina, no qual acreditavam algum dia poder descobrir a melhor maneira de manter a saúde.

A sociedade industrial, no auge de sua revolução, procurava explicar a doença como sendo um tipo de defeito que necessitaria de um conserto especializado. O início do século XX, trouxe a saúde sobre pontos de vistas diferentes. Um deles, seria que a saúde possuísse um verdadeiro vínculo com o ambiente de trabalho, alimentação e moradia. Pelo o que consta, o marco final tinha seu término na esfera política.

Atualmente, saúde é o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença (preâmbulo da OMS, 1946). Por mais complexa e com lacunas que seja a atual definição de saúde, é importante ressaltar que neste artigo não será explorado sobre esta subjetividade e suas oscilações, pois como já dizia Freud, em inúmeras obras, a perfeita

felicidade de um indivíduo dentro da civilização constitui algo impossível (FREUD, 1908 e 1930).

Como primeiro vértice da seguridade social no ordenamento jurídico, a saúde, englobada nos art. 196 a 200 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é definida como um direito social, de relevância pública, que deveria atender de forma igualitária e com qualidade a todos. Segundo José Afonso da Silva: " o direito à saúde rege-se pelos princípios da universalidade e da igualdade de acesso às ações e serviços que a promovem, protegem e recuperam" (SILVA, 2017, p.846).

E, partindo do pensamento do doutrinador José Afonso, resumidamente, o princípio da universalidade, ou da generalidade, principalmente no direito à saúde, tem como propósito fazer com que o Poder Público cumpra os deveres que a Constituição de 1988 trouxe como direitos fundamentais sociais a todos. Decorre diretamente do princípio da isonomia (SCARTEZZINI, 2006, p.93), associa-se então a lógica de que todo serviço público, em suma, deva ser prestado de forma universal, igualitária. A relação deste princípio para com a administração pública é necessária pra que estes direitos fundamentais sejam realmente concretizados de forma não discriminatória, garantindo assim minimamente a perspectiva de dignidade humana a quem necessita desta prestação de serviços.

O princípio da igualdade, elencado no art. 5º, caput, da Constituição de 1988, refere-se, resumidamente à possibilidade de que todos, perante a sociedade, possuem juridicamente um espaço fundamental para o exercício das liberdades. No direito à saúde, a igualdade de acesso às ações e serviços que a promovem relaciona-se a prevenção e tratamento de doenças, por meio de políticas públicas, de forma que atenda o propósito do constituinte.

Todavia, deve-se levar em consideração, que o direito à saúde, trata individualmente cada ser, a igualdade basilar seria a de que todos possuem o direito em ter acesso a saúde. Contudo, uma analogia necessária a expressão "tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade" da obra Ética a Nicômaco, Livro V de Aristóteles (384-322 a.c), se torna indispensável a este artigo, por que em atendimentos de emergências, foco deste estudo, utiliza-se a igualdade ao acesso a saúde, mas a necessidade porém de um atendimento de forma rápida e exclusiva àquela situação.

Outro princípio extremamente importante para o direito à saúde é o Princípio do Benefício e Dano:

> Os benefícios diretos e indiretos a pacientes, sujeitos de pesquisa e outros indivíduos afetados devem ser maximizados e qualquer dano possível a tais indivíduos deve ser minimizado, quando se trate da aplicação e do avanço do conhecimento científico, das práticas médicas e tecnologias associadas (art. 4º da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos).

Segundo a professora doutora Camila Vasconcelos este princípio:

> Trabalha a ideia de se reconhecer a possibilidade de ocorrência de prejuízos no decurso da aplicação ou avanço da ciência. Entretanto, esta possibilidade se apresenta após o cuidado de estabelecimento de juízo de ponderação prévio, que considera a maximização de possíveis benefícios e a minimização de possíveis malefícios (OLIVEIRA, 2017, p.77).

Enfim, a saúde, física e mental, com toda a certeza é o principal objeto de desejo do ser humano em toda a sua evolução. Quando situações, nas quais as atuações preventivas do Estado não são suficientes, sejam elas dolosas ou não, faz com que seja novamente necessária a intervenção do próprio Estado, doravante, de forma individual, rápida, com qualidade e eficiência para com o ser humano. Quando há falhas nessa atuação do poder público, resulta em danos que serão irreversíveis ao ser humano.

RESPONSABILIDADE DO ESTADO DE CUIDAR DA SAÚDE

A competência de "cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência" (art. 23, in. II da CF/88) é de responsabilidade do poder público, junto à União, Estados, Distrito Federal e dos Municípios, sendo assim, deveres destes a sua implementação. Possuem também competência concorrente para legislar sobre a defesa da saúde, vide art. 24, inc. XII, da CF/88.

Observando a importância que os Municípios possuem ao legislar sobre a saúde (art. 30, inc. I da CF/88), já que trata-se de um importantíssimo interesse, porque em grande maioria, os serviços de saúde municipalizados são as primeiras chances que o paciente possui de ser atendidos. E, o município estará contanto com cooperação técnica e financeira da União e do Estado (art. 30, inc. VII da CF/88) para o qual devem prestar este atendimento.

Com o propósito de universalizar a atenção médica, por meio de um sistema único e descentralizado de saúde, em 1987 foi criado o sistema unificado e descentralizado de saúde (Suds), que fora renomeado pela Constituição de 1988 de Sistema Único de Saúde (SUS), incumbido de racionalizar as ações e serviços públicos de saúde. O art. 198 da CF/88 defende uma regionalização e uma hierarquização das ações e serviços públicos de saúde, sendo descentralizadas, que possuam atendimento integral e que deem prioridade às atividades preventivas, e que seja assegurada à comunidade a participação na gestão desse sistema.

O Sistema Único de Saúde (SUS) possui o objetivo de atender as necessidades dos cidadãos e de cuidar de questões, que de um modo geral influenciam na verificação dela. A saúde está minimamente ligada ao estágio de desenvolvimento do Estado. Somente um Estado que possuir o mínimo de estrutura econômica e de pesquisa poderá garantir as medidas preventivas de doenças e, cuidados, para a recuperação da saúde, em situações imprevisíveis, para todo o povo.

Em teoria, o que fora proposto pela Carta Magna é que o direito à saúde implica no dever do Estado em proporcionar a todos uma disponibilização de espaços e profissionais qualificados que possam assegurar-lá a todos, enquadrando-se aqui o princípio da igualdade de acesso à saúde, as ações e serviços indispensáveis à concretização desta prestação. Prestando assim, a devida assistência ao do cidadão, de forma a conservar sua vida.

Sob a ótica individual, no qual o paciente não esteja em estado de emergência em seu atendimento, o direito à saúde, garantido pelo Estado, implica na liberdade que o profissional da saúde tem para poder determinar a situação na qual o paciente se encontra e qual o melhor tratamento que deva seguir, escolhendo assim, a atitude mais adequada a se tomar nesta situação. Sendo atendimentos em hospitais públicos ou não.

Segundo a Técnica de Enfermagem entrevistada, Ana Concebida da Fonseca Batista, que trabalha na área pública desde de outubro de 1986, "está havendo um descaso imenso com o povo pelas autoridades competentes. O SUS requer um atendimento integral ao usuário, promovendo uma saúde física, mental e social. Depois de tantos anos em vigor nem chega perto do que era para ser".

As situações de emergências necessitam de atendimentos imediatos. São situações que existe risco iminente de morte. É necessário que a pessoa seja encaminhada ao plantão hospitalar que a diagnostique e trate o mais rápido possível. O Estado, como garantidor desse direito fundamental, necessita proporcionar aos hospitais, Unidades de Pronto Atendimentos e derivados, todo o material necessário e aos profissionais para que aconteça este atendimento da melhor maneira possível. O então problema ocorre na falta dessa estrutura.

2.2- DANOS IATROGÊNICOS RESULTADOS DE UM ATENDIMENTO DE EMERGÊNCIA

Existem inúmeras acepções sobre as palavras urgência e emergência, e é necessária uma breve distinção delas, pois o norte deste artigo são os atendimentos de emergência. O dicionário Aurélio (2000) traz a seguinte definição de urgência: "s2g. 1. Qualidade de urgente. 2. Caso ou situação de emergência, de urgência" (FERREIRA, 2000, p.697); e o mesmo define emergência como "sf. 1. Ação de emergir. 2. Situação crítica; incidente. 3. Caso de urgência" (FERREIRA, 2000, p.257) ".

O dicionário apresenta uma palavra como própria definição da outra, tendo significados de certa forma equivalentes, noção esta que a biomedicina, como tratado mais à frente insiste em diferenciar. A palavra urgência não refere-se a um risco imediato de vida, porém existe a possibilidade de transformar-se em uma emergência, se não solucionada rapidamente. Já a palavra emergência diz respeito a situações nas quais a vida está sofrendo uma ameaça imediata, de forma súbita como paradas respiratórias, por exemplo.

Adentrando no arbítrio dos resultados iatrogênicos, é necessária uma análise sobre a diferenciação de condutas médicas culposas para com situações imprevisíveis ou de resultados incontroláveis. A primeira situação

possui a probabilidade de originar o dever de indenizar, fato este que não acontece na segunda situação, pois "acidente imprevisível é resultado lesivo, advindo de caso fortuito ou força maior, incapaz de ser previsto ou evitado, qualquer que seja o autor em idênticas circunstâncias" (GOMES; FRANÇA, 1998, p. 244).

Será considerado incontrolável, segundo a doutrinadora Maria Helena Diniz, aquele resultado que for "oriundo de uma situação grave e inexorável, ou seja, da própria evolução da moléstia, a qual a ciência médica, no estágio de desenvolvimento que se encontra, não dispõe de meios para contornar ou impedir" (DINIZ, 2006, p. 687). E, de forma ilustre e brilhante, a professora Dra. Camila Vasconcelos, afirma que é necessário que se consuma qualquer dúvida entre os profissionais do direito médico sobre a diferenciação de resultados incontroláveis para com acidentes imprevisíveis:

> O resultado incontrolável, que traz a percepção de evolução natural de doença, denota um contexto cuja gravidade, extensão ou desenvolvimento científico ainda limitado – quanto a esta patologia e sua cura – impede a ocorrência de reversibilidade do quadro apresentado pelo paciente. Trata-se de uma situação incontornável, embora seja possível a sua previsibilidade tendo em vista os estudos apresentados pela literatura médica.
>
> O acidente imprevisível, por sua vez, embora também desconecte a conduta médica do evento danoso, não traz consigo sequer o elemento caracterizador "culpa", seja ela lato sensu ou stricto sensu, pela ausência do elemento "previsibilidade". Assim, não sendo possível a sua previsão, sequer há que se falar, também, em necessária evitabilidade. Não é possível prever ou evitar o desfecho indesejado e, para esta constatação, busca-se na prova pericial elementos a respeito da previsibilidade conforme padrões de comportamento médio dos profissionais graduados em medicina (OLIVEIRA, 2017).

Conforme relatado, não há que se falar em qualquer nexo causal que diga respeito as situações que resultem prejuízos aos pacientes, decorridos das situações acima relatadas anteriormente, para com a conduta do

profissional da saúde. Assim sendo, sempre será necessária uma análise do real caso concreto, tendo extrema necessidade da correlação entre o ambiente médico para com o jurídico.

Não é o tema deste artigo, porém é necessária uma breve análise sobre erro médico culpável, que resulta em um dever de indenizar apenas se for fruto de um descumprimento de sua obrigação por culpa em sentido estrito. Ou seja, o erro médico culpável "é a ação ou a omissão que se revestem de "culpa", portanto quando não há a intenção de se causar dano algum, embora o médico tenha agido de forma a não impedir a ocorrência de situações danosas previsíveis e evitáveis" (OLIVEIRA, 2017, p. 63-64). Portanto, é necessária uma previsibilidade de um comportamento padrão do profissional que em suma não fora cumprido.

Em regra, os profissionais da saúde possuem obrigações, necessitam realizar a sua prática com perícia e prudência usando de técnicas e procedimentos da melhor maneira possível. Diante disso, a obrigação da qualidade de prestação desse direito caracteriza-se pelos meios, ou seja, é necessária a presença de um atendimento com qualidade e rapidez, conforme cada caso, ou seja, a obrigação de ter resultados positivos deverá existir no âmbito da possibilidade. Se os profissionais se depararem em situações que dizem respeito ao seu controle, possuem a obrigação de terem resultados que sejam favoráveis aos seus pacientes, caso contrário, se depararem com situações incontroláveis ou acidentes imprevisíveis, deverão tentar amenizar ou diminuir ao máximo possível os resultados.

Segundo Felipe de Medeiros Tavares:

> A iatrogenia consiste num dano, material ou psíquico, causado ao paciente pelo médico. Todo profissional possui um potencial iatrogênico, e tal aspecto depende não somente da capacidade técnica, como também da relação médico-paciente estabelecida. A formação médica possui papel fundamental na constituição de sujeitos menos propensos a cometerem iatrogenias (TAVARES, 2007, p.181).

As situações imprevisíveis e inevitáveis em grande maioria manifestam-se em situações que foram causadas por um terceiro ou pelo próprio paciente. Existe ainda, a possibilidade de efetiva conduta médica, avisada

ao paciente por meio de termo de consentimento, que tenha sido previsível à pratica deste profissional, com um propósito futuro de uma melhor qualidade de vida ou bem estar, situação essa almejada, caso não alcançada que resulte em dano, não será definida como erro médico, se cumprido todos os procedimentos de forma prudente e correta, e sim consequência que fora previsto.

A iatrogenia se subdivide em três tipos: lesões previsíveis e esperadas; a que enquadra as lesões previsíveis, porém, inesperadas (pertencentes ao perigo existente a todo e qualquer procedimento médico); e a que agrupa as lesões decorrentes da falha do comportamento humano no exercício da sua profissão, sendo essas falhas sujeitas a responsabilização legal do médico (MENEZES apoud MORAES, op. cit., p.20).

Ou seja, o dano iatrogênico surge da existência da previsibilidade de uma sequela que o ato possa realizar, ou o dano como seja resultado de uma necessidade de produção do ato. Nestas situações anteriormente relatadas, ocorre o então o dano iatrogênico, que não será punível pelo fato de que não houve as situações de imperícia, imprudência ou negligência por parte do profissional da saúde. Pode-se dizer etimologicamente: "Iatrogenia é uma palavra que deriva do grego: o radical iatro ("iatrós"), significa médico, remédio, medicina; geno ("gennáo"), aquele que gera, produz; e "Ia", uma qualidade" (TAVARES, 2007, p.188).

Segundo Kátia Conceição Guimarães Veiga a iatrogenia são as:

> as manifestações inerentes aos vários procedimentos diagnóstico terapêuticos adotados na área médica e de enfermagem, principalmente aqueles de caráter invasivo, cujos efeitos danosos podem ser presumíveis, inesperados, controláveis ou não (VEIGA, apud STOCO, p. 587).

São exemplos de tipos de iatrogenia as cirurgias mutiladoras, como a mastectomia, amputações de membros, como no caso de diabetes; reações alérgicas aos medicamentos prescritos; gangrena resultante de confusão entre veias em cirurgia de varizes. Ressalta-se que a iatrogenia não tem ligação alguma com a responsabilidade civil de forma a serem inconciliáveis uma vez que caracteriza-se como erro escusável, não gerando as-

sim qualquer responsabilidade civil, penal ou administrativa. Segue abaixo jurisprudências que corroboram este entendimento:

> ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. CIRURGIA PARA REALIZAÇÃO DA "DUPLA TROCA MITRO-AÓRTICA COM INSTALAÇÃO DE PRÓTESESS. SUPOSTO ERRO MÉDICO. AUTORIZAÇÃO PARA CIRURGIA. ERRO MÉDICO NÃO CONFIGURADO. DANO IATROGENICO. – (...) Ainda, em sede de premissas, há que se colocar em pauta, que a obrigação do médico é de meio, pelo que em seu atuar dada a imperfeição da medicina há a lesão previsível, a iatrogenia, ou dano iatrogênico, que corresponde ao dano necessário e esperado daquele atuar, afastando a responsabilidade civil respectiva, ipso jure o designado erro médico (TRF2, 2011, on-line).
>
> Apelação Cível nº 0021129- 25.2001.8.19.0001 (2005.001.27178) 36 que assim dispõe: "[...] Afastada a responsabilidade civil objetiva da Clínica radiológica, ante do reconhecimento da iatrogenia, com a quebra do nexo causal [...]" (TJRJ, 2005, on-line).

Danos assim descritos geram despesas ao poder público, como afirma o entrevistado Altivo Ricardo Rocha, farmacêutico "a maioria dos doentes, em geral, não possuem planos de saúde, e portanto, são usuários do sistema de saúde público". As situações que resultam em danos iatrogênicos podem ser diminuídas com a monitorização adequada, e os profissionais que trabalharem nos atendimentos emergenciais ou na medicina intensiva necessitam estar sempre em constante aprendizado, para que assim reconheçam a real necessidade de uma melhor capacitação, para que o fardo de sofrimento do paciente criticamente enfermo torne-se mais leve, respeitando assim o ser humano e a própria profissão.

Questionado a respeito do tema, o professor Eraldo Rodrigues dos Santos Júnior, formado em Educação Física, que trabalha no serviço público desde 2005, afirmou "muitas das vezes os erros acontecem por falta de capacitação e interesse em buscar conhecimentos inovadores. Para que haja um melhor atendimento, e também por falta de recurso físico e financeiro por parte do Governo". A entrevistada Sandra Oliveira de Sá, cirurgiã dentista, servidora pública desde 1991 afirma que "a saúde

pública encontra-se em total caos (...) falta médicos e profissionais afins, equipamentos sucateados ou mesmo novos, inoperantes".

Vale salientar que estes resultados provenientes de situações emergentes, não podem fugir do Princípio do Benefício e do Dano, como tratado anteriormente, no qual estes resultados só serão possíveis quando a pretensão for um benefício bem maior. Os danos iatrogênicos que são resultados de atendimentos em emergência são caracterizados muitas vezes pela real necessidade de socorro dos pacientes ali presentes, mas também em grande maioria pela ineficácia dos hospitais públicos em prestarem este socorro. O SUS em inúmeros estados e munícipios ainda não possui o mínimo de estrutura física para receber os pacientes em estado de emergência, gerando assim despesas ainda maiores para o próprio Estado.

2.3- ATENDIMENTOS EMERGÊNCIAIS PÚBLICOS

Emergência é definida como: " constatação médica de condições de agravo a saúde que impliquem sofrimento intenso ou risco iminente de morte, exigindo portanto, tratamento médico imediato" (Portaria nº 354 da Ministério da Saúde, 2014). Como tratado anteriormente, situações de emergência dependem da real situação do caso concreto. A situação é que os atendimentos de emergência não são definidos por estados e sim por situações, que se estão delineadas pelo extremo risco de vida. Caracteriza-se por uma real necessidade de atendimento rápido, veloz e pressupõe o fator necessidade de agir do profissional.

A situação do paciente apresenta risco de vida expresso por sintomas ou sinais, os prontos-socorros públicos brasileiros possuem uma forte ambiguidade:

> De um lado, são totalmente abertos aos pedidos exteriores, visto que, em princípio, devem poder acolher o público de maneira permanente e que todos os pedidos de atendimento hão de ser examinados; de um outro lado, e especialmente nos hospitais universitários, os prontos-socorros são lugares seletivos, dado que são concebidos em prioridade para um leque circunscrito de patologias – essas suscetíveis de levar à morte ou a lesões irreversíveis se não forem atendidas muito rápido" (DODIER; CAMUS, 1997a, p. 109).

Essa situação de ambiguidade, está presente não só nos prontos socorros e sim em todas as prestações do serviço à saúde no Brasil, ou seja, a noção dualista de que o acesso à saúde é direito garantido a todos não pode conflitar com o acesso a atendimentos emergências. Muitas vezes a população procura áreas emergenciais de hospitais públicos ou unidades de pronto atendimento para atendê-los em situações que não são emergências ou urgentes. Essas atitudes resultam em uma superlotação das emergências e uma diminuição da eficácia dos atendimentos.

A procura constante por parte da população para o tratamento de doenças crônicas ou consultas de rotina na maioria das vezes em ambientes de emergências necessitam ser evitadas com uma boa administração dos ambientes prestadores destes serviços e o bom senso da população. Por isso esse comportamento resulta:

> Da falta de definições políticas, a baixa resolutividade e a qualidade oferecida nos serviços, aliada à dificuldade de mudança nos hábitos culturais e crenças da população tem levado o usuário a buscar a assistência médica onde exista a porta aberta (MARQUES; LIMA, 2007, p.9-13).

A utilização dos serviços de emergência deve iniciar pela percepção que o paciente tem quanto aos sintomas que se apresentar e, a partir disso, a utilização de costumes simbólicos que os levarão a investigação do problema, isso se a situação der tempo para estes passos. Após esta situação, já em um ambiente de prestação de serviços médicos emergenciais, é necessário que o atendimento se dê pela identificação do problema, sua avaliação e uma análise da situação para um melhor bem estar do paciente.

Os profissionais brasileiros não possuem estruturas básicas para trabalharem em atendimentos emergências, e, segundo o entrevistado Luiz Thobias Araújo Neves do Valle, que trabalha como enfermeiro no serviço público desde dezembro de 2010 "primeiramente pela estrutura, que em vários hospitais faltam equipamentos para dar suporte ao paciente ou ao menos estabilizar o paciente, pacientes que entram na emergência têm que andar quilômetros para ser atendidos em um local de referência. Profissionais que não são valorizados como deveriam ser, (...) há muito pouco investimento na saúde no Brasil, principalmente no setor de urgência e

emergência. Muitos aparelhos são abandonados e não chegam no lugar de origem, terminam por acabar mesmo sem terem sido usados".

Os atendimentos emergenciais caracterizam-se por ser uma situação ameaçadora e requer medidas imediatas em prol da vida. A emergência médica difere-se muito da medicina que é praticado em postos de saúde ou consultórios médicos. Apresenta-se como situações únicas nos quais as decisões dos profissionais necessitam ser imediatas. Os profissionais que estão atendendo nestas situações deparam-se com um trabalho estressante, longo, sem repouso adequado e alimentação muitas vezes escassa.

Em teoria, deveriam ocorrer em todos os lugares de prestação do serviço de saúde, das mais simples as mais complexas com o propósito de formar uma rede articulada e integralizada. Mas, infelizmente, junto a tudo isso, o ineficaz sistema de saúde brasileiro acaba sendo insuficientemente administrado por pessoas que não tem compromisso para com a população. O atual atendimento emergência brasileiro depara-se com más condições de trabalho e falta de atendimentos adequados.

3. CONCLUSÃO

Depois de realizada uma trajetória sobre os princípios norteadores do Direito à saúde, principalmente na esfera emergencial e termos relatado a obrigação constitucional e infraconstitucional do Estado em garantir o acesso à saúde, foi feita uma análise sobre atendimentos médicos que resultam em danos iatrogênicos em situações emergenciais.

Há existência de responsabilidade e compromisso do profissional da saúde todas as vezes que forem prestar algum atendimento, seja ele de rotina ou emergencial, situação inquestionável. Os direitos e deveres inerentes aos médicos e sua obrigação de zelar pela vida não são diminuídos pela simples existência de uma situação peculiar, pelo fato de que dispuseram-se a estar nestes ambientes. A diferença é que em situações de necessidade de rapidez nos atendimentos estes profissionais dão o seu melhor para poder garantir assim a oportunidade de vida que está em risco.

Os danos iatrogênicos resultantes destes atendimentos quando originados por uma má prestação do serviço público (falta de equipamentos, medicamentos, etc), resultam para o próprio Estado despesas ainda maiores, situações que é possível questionar a capacidade dos adminis-

tradores públicos, ou melhor, a falta dela. Quando resultam da prestação de serviços públicos advindos de situações imprevisíveis e inevitáveis, não são responsabilizáveis, pois o profissional cercou-se de todo o cuidado necessário.

Mas ainda é necessário ter esperança por dias melhores na saúde pública. Essa esperança é necessária pois a saúde prestada pelos órgãos públicos no Brasil deixa a mercê a população.

Enfim, por todos esses aspectos mencionados, é necessária uma conscientização da população para que entenda que os serviços públicos emergenciais são para situações inevitáveis e não rotineiras. Que os administradores públicos invistam em meios preventivos e curativos de proteção à saúde para uma melhor qualidade de vida e tenham o mínimo de respeito para com a população e aos profissionais da saúde.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross In: Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1973, v.4.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituição.htm>. Acesso em 02 de julho de 2019 as 17:30 horas.

BRASIL. Constituição Federal interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. Costa Machado, Organizador; Ana Cândida da Cunha Ferraz, Coordenadora. 7. ed. Barueri, São Paulo: Manole, 2016.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Que institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm >. Acesso em 04 de julho de 2019 às 13:00 horas.

BRASIL. Portaria nº 354, de 10 de março de 2014. Que publica a proposta de Projeto de Resolução Boas Práticas para Organização e Funcionamento de Serviços de Urgência e Emergência. Dispo-

nível em: < http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2014/prt0354_10_03_2014.html >. Acesso em 24 de julho de 2019 às 07:13 horas.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Décima Oitava Câmara Cível. Apelação Cível 0021129-25.2001.8.19.0001 (2005.001.27178), Rel. Des. Marco Antônio Ibrahim, j. 20/12/2005. Disponível em: < http:// http://www.tjrj.jus.br/ >. Acesso em 12 de maio de 2019 às 12:49 horas.

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO. AC: 200251010028499 RJ 2002.51.01.002849-9, Relator: Desembargador Federal Poul Erik Dyrlund, Data de Julgamento: 31/08/2011, Oitava Turma Especializada, Data de Publicação: 09/09/2011 – p. 327. Disponível em https://www10.trf2.jus.br/portal/ > Acesso em 12 de julho de 2019 às 22:40 horas.

Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) – 1946. Disponível em: < http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html >. Acesso em 10 de maio de 2019 às 20:11 horas.

CRISAFULLI, Vezio. La Costituzione e le sue Disposizioni di Principio. Milano: Giufferè, 1952.

Declaração Universal da Bioética e Direitos Humanos. Disponível em: < http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_univ_bioetica_dir_hum.pdf >. Acesso em 21 de julho de 2019 às 15:39 horas.

DINIZ, Maria Helena. O estado atual do Biodireito. São Paulo: Saraiva: 2006.

DODIER, Nicolas; CAMUS, Agnès. L'hospitalité de L'hôpital: l'accueil et le tri des patients aux urgences médicales. Communications,1997a.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Miniaurélio Século XXI Escolar: um mini dicionário da língua portuguesa. 4. ed. rev. ampliada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.

FREUD,S. O mal-estar na civilização (1930). Rio de Janeiro, Imago, 1980.

FREUD, S. Moral sexual `civilizada' e doença nervosa moderna (1908). Rio de Janeiro, Imago, 1980.

GOMES, Júlio Cézar Meirelles; FRANÇA, Genival Veloso de. Erro médico. In: Costa SIF, Oselka G, Garrafa V (Coord.) Iniciação à bioética. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

MARQUES, Giselda Quintana; LIMA, Maria Alice Dias da Silva. Demandas de usuários a um serviço de pronto atendimento e seu acolhimento ao sistema de saúde. Rev. Latino-am Enfermagem. 2007. Disponível em: < http://www.scielo.br/pdf/rlae/v15n1/pt_v15n1a03.pdf >. Acesso em 22 de maio de 2019 às 21:00 horas.

MENEZES, Tula Rodrigues Ferreira de. Erro médico e Iatrogenia: causa de exclusão da responsabilidade médica?. Disponível em: < http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2010/trabalhos_22010/tulamenezes.pdf >. Acesso em 10 de junho de 2019 às 21:15 horas.

MORAES, Irany Novah. Erro médico e a Justiça. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

OLIVEIRA, Camila Vasconcelos de. JUDICIALIZAÇÃO DA MEDICINA NO BRASIL: UMA ANÁLISE CRÍTICOPROPOSITIVA DE UM PROBLEMA PERSISTENTE SOB A ÓTICA DA BIOÉTICA DE INTERVENÇÃO. 2017. Disponível em: < http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/31962 /5/2017_CamilaVasconcelosdeOliveira.pdf > dia 01 de junho de 2019 às 22: 00 horas.

Oliveira, Camila Vasconcelos de. Você sabe a diferença entre resultado incontrolável e acidente imprevisível em medicina? Publicado em 07 de dezembro de 2017. Disponível em: < http://cvmed.com.br/2017/12/07/voce-sabe-a-diferenca-entre-resultado-incon trolavel--e-acidente-imprevisivel-em-medicina/ > acesso em 20 de junho de 2019 às 16:00 horas.

PARACELSUS. On miner's sickness and other miner's diseases. In: PARACELSUS. Four teratises of Theuphrastus von Hohenheim called PARACELSUS. Baltimore, Johns Hopkins Press, 1941.

SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi Flaquer. O princípio da continuidade do serviço público. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 40. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017.

STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil. 7.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

TAVARES, Felipe de Medeiros. Reflexões acerca da Iatrogenia e Educação Médica. Revista Brasileira de Educação Médica, 2007. Disponível em: < http://www.scielo.br/pdf/%0D/rbem/v31n2/09.pdf >. Acesso em 12 de junho de 2019 às 16:00 horas.

A DESINSTITUCIONALIZAÇÃO DA SAÚDE MENTAL FRENTE À POSSIBILIDADE DE SUA JUDICIALIZAÇÃO

Glaucia Maria de Araújo Ribeiro
Vivian Karine Landim Soares Barbosa

INTRODUÇÃO

O contexto social do tema é de extrema relevância, podemos perceber através da literatura e da mídia, que anteriormente a sociedade rotulava qualquer doença mental como "loucura". A exemplo disso, encontramos o livro clássico da literatura brasileira de Machado de Assis, o Alienista, que traz a ideia de reclusão de qualquer pessoa que seja considerada histérica ou louca, até o momento em que o personagem principal, Dr. Simão Bacamarte, cria uma nova teoria sobre a loucura e começa a confinar pessoas consideradas normais na Casa Verde, ou seja, a experiência demonstra uma série de tentativas para entender a loucura, porém, como consequência, acaba transformando para pior a vida das pessoas que moravam na vila, cerceando sua liberdade por meio de um atestado médico.

A menção da literatura clássica brasileira serve para exemplificar não ser compreensível a institucionalização forçada de pessoas com algum tipo de transtorno, ou dependência, valendo-se apenas da opinião médica para cercear o direito à liberdade e locomoção de cidadãos brasileiros.

Ademais, pela mídia, em filmes como "Garota Interrompida", baseado em fatos reais ocorridos no período da década de 60 nos Estados

Unidos, demonstra a convicção médica em mandar para manicômios mulheres normais que sofriam de depressão e outras doenças mentais, que hoje em dia, com o avanço da medicina, podem ser tratadas com medicamentos, sem necessidade de isolamento e internação em hospitais psiquiátricos.

No Brasil, o Hospital Colônia de Barbacena, em funcionamento desde 1903 até hoje, ficou conhecido pelo tratamento desumano contra os pacientes que sofriam por transtorno mental. Apesar de possuir apenas 200 leitos, havia no estabelecimento cerca de 5 mil pessoas enclausuradas e muitas não possuíam nem mesmo transtornos mentais, estavam internados contra sua vontade, por arbítrio de terceiros.

O Livro Holocausto brasileiro de Daniela Arbex retrata a dura realidade das pessoas que viviam no Hospital Colônia. Inúmeros eram os tratamentos desumanos realizados no Colônia, começavam pelo confinamento, passando pela falta de água e alimentos, o que forçava os pacientes a comerem ratos e beberem água de esgoto, atravessando noites geladas da serra mineira despidos de qualquer proteção, até tratamentos de choque tão fortes que a sobrecarga derrubava a rede de energia do município.

O livro relata que cerca de dezesseis pessoas morriam por dia e que nem na morte essas pessoas conseguiam ter sua integridade velada. Acredita-se que entre 1969 e 1980, 1.853 corpos de pacientes foram vendidos para dezessete faculdades de medicina pelo país, sem qualquer questionamento sobre a origem dos corpos, quando o mercado ficou saturado e a venda parou de dar lucro, os corpos começaram a ser decompostos em ácido publicamente no pátio do Hospital, as ossadas eram então comercializadas. Não havia o menor pudor com os crimes que eram praticados contra inocentes que estavam aprisionados por uma doença que não existia.

Pelo demonstrado ao longo da história, a ideia de internar compulsoriamente pacientes com doenças tratáveis pelo simples uso de medicamento, não deve mais ser aceita. No Brasil, desde mobilizações político-sociais no final da década de 70, que impulsionaram a desinstitucionalização psiquiátrica no país, até a promulgação da Lei n. 10.216/2001 que instaurou a Reforma Psiquiátrica no Brasil e promoveu graves críticas aos tratamento compulsórios em hospitais psiquiátricos, sendo preferível fazer o tratamento de forma humanizada.

Por meio da Lei n. 10.216/2001, trocou-se o modelo hospitalocêntrico, até então hegemônico no Brasil, pelo modelo de atendimento psiquiátrico comunitário, baseado em serviços de saúde mental descentralizados, multiprofissionais e diversificados. Além disso, projetos como o Programa de Volta para Casa (PVC) que busca a restituição do direito de morar e conviver em liberdade e também promove a autonomia de pessoas egressas de hospitais psiquiátricos, foram implementados.

Apesar da reforma psiquiátrica ainda estar em andamento, percebe-se um grande avanço ao longo dos anos em busca de adequação a um padrão que siga o princípio da dignidade da pessoa humana e garanta direitos igualitários, com o objetivo de reintroduzir essas pessoas à sociedade.

Não obstante os grandes avanços do país para o fim da institucionalização, recentemente a Lei n. 13.840/2019 trouxe novas formas de institucionalização compulsória de pessoas. Desta vez, o foco foi os dependentes químicos que serão forçados a um tratamento de reabilitação, independente de seu consentimento. O que, de uma forma geral, destoa com qualquer possibilidade de autonomia e independência que o indivíduo possa ter.

Até que ponto o Estado pode intervir na vontade e na capacidade de escolha de seus cidadãos? É justo um indivíduo ter sua liberdade cerceada a pedidos de terceiro? O presente artigo falará sobre os pontos positivos e negativos das Leis n. 10.216, de 2001 e da Lei n. 13.840, de 2019, em relação aos tipos de internação possíveis no Brasil.

1. A Reforma Psiquiátrica

A modificação do sistema hospitalar psiquiátrico do Brasil foi oficializada por meio da Lei da Reforma Psiquiátrica, Lei n. 10.216, promulgada em 2001, essa finalmente desinstitucionaliza a psiquiatria no país. Por meio dela, pessoas que possuíam doenças mentais não seriam forçadas a ficarem presas por tempo indeterminado em uma instituição que, por vezes, não possuía o mínimo de dignidade humana, tratando os pacientes como presos incapazes de regerem a própria vida.

Como exemplos, vários são os relatos de instituições que davam tranquilizantes aos pacientes para que ficassem mais "mansos" e facilitassem o trabalho dos funcionários, esse hábito tornava-os inválidos por completo,

retirando qualquer possibilidade de autodeterminação. Quando não era o uso de drogas tranquilizadoras, eram situações degradantes como instituições que não possuíam portas nos banheiros, cortinas nos chuveiros, faltava materiais higiênicos, com a única justificativa de que seria para a "proteção" dos tutelados. Ora, se a Constituição Federal de 1988 garante igualdade entre todos, por que então um grupo deveria ser excluído e marginalizado pelo Estado?

Uma das grandes melhorias que a Lei n. 10.216/2001 trouxe foi a troca do modelo centralizado em hospitais, até então supremo no Brasil, pelo modelo psiquiátrico e comunidade, baseado em serviços de saúde mental descentralizados, multiprofissionais e diversificados. Ou seja, o paciente não seria mais internado em Hospitais Psiquiátricos, conhecidos como manicômios ou hospícios, mas não estaria desamparado, ao contrário, o Estado garantiria uma possibilidade de melhora através de acompanhamento profissional em diversas áreas, mas seria possível o seu convívio em sociedade, a pessoa acometida por transtorno mental poderia procurar tratamento, sem ficar marginalizada e trancafiada por tempo indeterminado.

Além disso, a Lei também criou o Programa de Volta para Casa (PVC), o qual possui em sua maior função a busca pela restituição do direito de morar e conviver em liberdade e em sociedade, também promovendo a autonomia de pessoas egressas de hospitais psiquiátricos.

2. O Projeto de Volta para Casa

Ao longo dos últimos 18 anos, diversas medidas de inclusão social de pessoas com doença mental foram realizadas. Um exemplo é o Programa de Volta para Casa (PVC), programa criado pelo Ministério da Saúde, que regulamenta e assegura o auxílio-reabilitação psicossocial para pessoas em "sofrimento mental", egressas de internação em hospitais psiquiátricos, inclusive em hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico, garantindo-lhes o direito ao acompanhamento e integração social fora da unidade hospitalar, buscando restituir o direito dessas pessoas de conviverem em liberdade, promovendo autonomia e controle de suas vidas aos usuários.

A origem do Programa foi a Lei supramencionada, que dispôs sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial de saúde mental, a qual, mais especifi-

camente em seu artigo 5º, determina que os pacientes, por longo tempo, hospitalizados ou para os quais se caracterize situação de grave dependência institucional, sejam objeto de política específica de alta planejada e reabilitação psicossocial assistida.

O programa de volta ao Lar possui como objetivo inserir socialmente pessoas que estavam marginalizadas na sociedade, pessoas acometidas de transtornos mentais, com história de longa internação psiquiátrica por um período de, pelo menos, dois anos, a partir de uma organização ampla e diversa de recursos assistenciais e com cuidados facilitadores de convívio social, assegurando o bem estar global e o estímulo ao exercício de pleno direito civil, político e da cidadania.

O Programa também conta com um auxílio-reabilitação psicossocial, atualmente cotado no valor de R$ 421,00 (quatrocentos e vinte e um reais), pessoas egressas de internação em hospitais psiquiátricos ou Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico por período igual ou superior a dois anos ininterruptos, ou que a situação clínica e social do paciente não justifique a permanência em ambiente hospitalar, indique tecnicamente a possibilidade de inclusão em programa de reintegração social e a necessidade de auxílio financeiro; ou quando houver expresso consentimento do paciente, ou de seu representante legal, em se submeter às regras do programa, poderão receber o auxílio pelo prazo de um ano, com uma possível renovação, caso os requisitos permaneçam os presentes.

Para participar do programa também é necessário que a pessoa incluída no Programa esteja de alta hospitalar, sendo atendida por um Centro de Atenção Psicossocial (CAPS) ou outro serviço de saúde do município onde passará a residir. Os beneficiários deverão ser acompanhados por uma equipe de profissionais encarregada de prover e garantir a atenção psicossocial e apoiá-lo em sua integração ao ambiente familiar e social.

O Programa é extremamente importante, tendo em vista que atende uma parte da população brasileira quase integralmente desprovida de meios de amparo social e dos benefícios assegurados na legislação que dispõe sobre o bem-estar social e proteção, o que torna imperativo assegurar meio eficaz de suporte social.

No início de 2017, de acordo com dados retirados no site do Governo, havia 701 municípios habilitados no PVC em todo o Brasil, totalizado 4.499 beneficiários, ou seja, pessoas egressas de hospitais psiquiátricos

que, por fim, conseguiram sua liberdade e estão caminhando para a reinserção na comunidade.

Por fim, percebe-se a importância desse Programa para o cumprimento da proposta da Reforma Psiquiátrica, através desse projeto, o Estado garante a possibilidade de que pessoas procurem tratamento de forma humanizada, mantendo a proposta principal da Lei, que é a desinstitucionalização da psiquiatria e a humanização dos pacientes.

3. Internações compulsórias na Lei n. 10.216/2001

Apesar de todo o conteúdo de liberdade da Lei, a própria traz a possibilidade de internação compulsória de pessoas portadoras de transtorno mental, ou seja, não obstante toda a humanização do tratamento psiquiátrico e a desinstitucionalização de pacientes, ainda há a possibilidade de compulsoriamente uma pessoa com transtornos mentais ser desumanamente institucionalizada.

Qualquer possibilidade de internação deverá ser realizada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes, ou seja, ainda que a pessoa busque tratamento fora do hospital, caso esse não seja o suficiente, será admissível sua internação nos casos dispostos a seguir.

A Lei, explicitamente em seu artigo 6º, explica os tipos de internação psiquiátrica que poderão ocorrer em sua vigência, somente sendo realizada mediante laudo médico circunstanciado que defina os motivos que ensejaram tamanha medida.

Primeiramente, há a internação voluntária, sendo aquela em que há com o consentimento do usuário, devendo assinar um termo especificando que foi sua escolha optar por esse regime de tratamento. O tratamento chegará ao fim por meio de uma solicitação escrita pelo próprio paciente, ou por determinação do médico responsável pelo seu acompanhamento. Contudo, nada impede que uma internação voluntária possa se transformar em involuntária, e como consequência, o paciente não poderá sair do estabelecimento sem autorização prévia. Ou seja, uma medida que seria para o benefício do paciente, pode se tornar uma forma de encarceramento do mesmo.

Em seguida, dispõe-se sobre a internação involuntária, aquela que se dá sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro. Os terceiros,

normalmente, são os familiares do Paciente que requisitam sua internação, porém é praticável que o pedido venha de outras origens. A única possível vantagem é que o pedido deve ser feito por escrito e aceito por um médico psiquiatra.

Nesses casos, a Lei determina que os responsáveis pelo estabelecimento onde a pessoa ficará resguardada informem, no prazo de 72 horas, ao Ministério Público do Estado sobre a internação e os motivos que levaram a tal medida. Essa medida tem como objetivo é evitar a possibilidade de esse tipo de internação ser utilizado para a cárcere privado, o que na prática, não adianta, porque o período de 72 horas não é cumprido e em nada evita danos irreversíveis a uma pessoa mantida contra a sua vontade em um estabelecimento desconhecido.

Por fim, a Lei também apresenta a internação compulsória, que não deve ser confundida, nem usada como sinônimo de involuntária, tendo em vista que é a determinada pela justiça, enquanto a última é administrativa sem qualquer intervenção do Judiciário. Esta não é a única diferença, a principal é que na internação compulsória, não há necessidade de autorização familiar, a internação é sempre determinada por um juiz competente.

O juiz competente irá determinar sua internação, depois de um pedido formal feito por um médico, atestando que a pessoa não tem domínio sobre a própria condição psicológica e física. O juiz levará em conta o laudo médico especializado, as condições de segurança do estabelecimento, quanto à salvaguarda do paciente, dos demais internados e funcionários. Ou seja, há uma série de circunstâncias que devem ser atendidas pela a sentença que favoreça internação compulsória.

4. Atos Normativos sobre a desinstitucionalização

Após o comentado sobre as possibilidades de internações que a Lei da Reforma Psiquiátrica traz, há também os atos normativos que por tratarem da mesma matéria descrita na Lei, acabam por tratar administrativamente de como funcionará e como impactarão os pacientes.

Primeiramente, a Portaria Interministerial n. 2, de 21 de dezembro de 2017 dos Ministérios da Justiça e Segurança Pública, da Saúde, do Desenvolvimento Social e do Trabalho trouxe a instauração do instituído o

Comitê Gestor Interministerial, permanente para articulação e integração de programas e de ações voltados à prevenção, à formação, à pesquisa, ao cuidado e à reinserção social de pessoas com transtornos decorrentes do uso, abuso ou dependência de substância psicoativa, como estratégia de transversalidade.

Semelhante ao demonstrado na Lei da Reforma Psiquiátrica e anterior a promulgação da Lei n. 13.840/2019, é perceptível as intenções do governo em priorizar as políticas públicas contrárias às drogas, assunto explorado no próximo tópico.

Após, a Portaria n. 3.659 de dezembro de 2018, suspendeu os repasses do recurso financeiro destinado ao incentivo de custeio mensal dos componentes da Rede de Atenção Psicossocial, ou melhor, cessará o incentivo de custeio mensal de Centros de Atenção Psicossocial (CAPS), Serviços Residenciais Terapêuticos (SRT), Unidades de Acolhimento (UA) e de Leitos de Saúde Mental em Hospital Geral, integrantes da Rede de Atenção Psicossocial (RAPS) de todo país.

A Portaria n. 3.718/2018 do Ministério da Saúde veio regular a portaria anterior ao publicar uma lista de municípios que receberam, em parcela única, incentivo de implantação dos dispositivos que compõem a Rede de Atenção Psicossocial (RAPS), porém, por não terem executado o recurso no prazo determinado devem retornar o dinheiro, ou seja, cumprindo o papel público de fiscalizar esses estabelecimentos e os conduzindo ao cumprimento do disposto em Lei. Os requisitos descumpridos foram listados como cinco:

> I - prazos para implantação de CAPS, que é de até 3 (três) meses após o recebimento do incentivo financeiro de que trata o Art. 994, Seção II, Capítulo III da Portaria de Consolidação nº 6/GM/MS, de 28 de setembro de 2017;
>
> II - prazos para implantação de SRT, que é de até 3 (três) meses após o recebimento do incentivo financeiro de que trata o Art. 1027, Seção VI, Capítulo III, da Portaria de Consolidação nº 6/GM/MS, de 28 de setembro de 2017;
>
> III - prazos para implantação de CAPS AD III, que é de até 3 (três) meses após o recebimento do incentivo financeiro de que trata o Art. 1012, Seção III, Capítulo III da Portaria de Consolidação nº 6/GM/MS, de 28 de setembro de 2017;

> IV - prazos para implantação de UA, que é de até 3 (três) meses após o recebimento do incentivo financeiro de que trata o Art. 1018, Seção IV, Capítulo III da Portaria de Consolidação nº 6/GM/MS, de 28 de setembro de 2017; e
>
> V - prazos para implantação do Serviço Hospitalar de Referência, (Leitos), que é de até 180 (cento e oitenta) dias após o recebimento do incentivo financeiro de que trata o Art. 1032, Seção VII, Capítulo III da Portaria de Consolidação nº 6/GM/MS, de 28 de setembro de 2017.

As consequências do descumprimento do acordo entre os municípios e o Poder Público é que os Municípios deverão instar ao Fundo Nacional de Saúde (FNS), para promover a devolução imediata dos recursos financeiros repassados para o respectivo Fundo de Saúde, não executados no âmbito do programa.

As consequências das portarias anteriores foi que em 2019, a Nota Técnica n. 11/2019-MS foi expedida, esta trouxe gradativamente mudanças expressivas na Política Nacional de Saúde mental, reforçando a internação manicomial, deixando explícito até mesmo a possibilidade de menores de idade serem involuntariamente internados. Através do ato, é possível verificar a internação manicomial como uma possibilidade de tratamento terapêutico, sendo a justificativa a falta de recursos públicos e o aprimoramento do modelo de assistência à saúde mental, tudo é claro, "sem perder a essência de respeito à Lei 10.216/2001". Novamente, é possível perceber o retrocesso em um sistema que um dia trouxe mais prejuízos que benefícios aos internados.

5. O Projeto de Lei n. 37/2013 e suas consequências

O Projeto de Lei n. 37 de 2013 altera o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (Sisnad), ao tentar trazer uma reforma sobre o tratamento de dependentes químicos. A partir de sua promulgação, o tratamento passará a ser involuntário, aos moldes do que se acontecia antes de 2001. Desse modo, pessoas serão forçadas a começar um tratamento distante de sua família em uma instalação a parte da sociedade, contrariando todo o esforço trazido pela reforma psiquiátrica.

O projeto de lei facilitava a Administração Pública a institucionalizar, contra a sua própria vontade, o dependente químico, isto é, completamente desmoralizando anos de luta por autonomia da vontade e contra a institucionalização forçada das pessoas necessitadas.

De acordo com uma pesquisa realizada pelo Senado Federal por meio de consulta pública, a maior parte dos participantes negou a necessidade da lei, principalmente ao se tratar das reformas ao Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad. Cerca de 11.541 pessoas votaram contra sua promulgação, em oposição a 5.267 cidadãos, demonstrando a insatisfação da população com o projeto de lei.

A Lei n. 13.840/2019, apesar de ter recebido inúmeras críticas, foi sancionada em junho do presente ano. Ela indica uma novidade no combate de drogas, os usuários serão compulsivamente mandados para tratamento em Comunidades Terapêuticas.

A Lei estabelece em seu art. 23-A que o tratamento do usuário ou dependente de drogas deverá ser ordenado em uma rede de atenção à saúde, com prioridade para as modalidades de tratamento ambulatorial, incluindo excepcionalmente formas de internação em unidades de saúde e hospitais gerais nos termos de normas dispostas pela União e articuladas com os serviços de assistência social.

A legislação traz duas possibilidades de internação de dependentes químicos. A voluntária é aquela que se dá com o livre consentimento do dependente, ou seja, o dependente deseja ser tratado, deseja uma melhora e possui a plena consciência de suas ações e de como ocorrerá o seu tratamento, não há nada de obscuro nessa parte da Lei, sendo até honrada a conduta do Estado em fornecer tratamento aos que procuram e necessitam.

Todavia, não é o que acontece na segunda parte do art. 23-A, § 3º, II, quando há a explicação do que seria a internação involuntária que é a que não necessita o consentimento do dependente, seja por meio de pedido familiar ou de responsável legal. Na falta absoluta de qualquer um desses, poderá ser requerido por servidor público da área de saúde, da assistência social ou dos órgãos públicos integrantes do SISNAD, excluindo-se os servidores da área de segurança pública, isto é, autoridade policial não poderá requerer internação de dependentes, devendo ser demonstrada a necessidade que justifique tal medida.

Semelhante ao precedente disposto na Lei n. 10.216/2001, a internação involuntária, feita sem o consentimento do dependente, será admitida quando autorizada por familiares ou autoridades de saúde e de assistência social. Segundo o governo, caberá ao Ministério Público fiscalizar e à autoridade médica autorizar novamente o ingresso do paciente.

A diferença entre as duas Leis é que a Lei da Reforma Psiquiátrica traz mais uma modalidade de internação contra a vontade do paciente, a compulsória que necessita da possibilidade de um juiz que estude o caso como um todo, levando em consideração laudos médicos, o ambiente ao qual o paciente ingressará, enquanto na Lei n. 13.840/2019, poderá ser feita administrativamente, com a simples autorização dos familiares, até mesmo a involuntária da administrativa de 2001 que trazia mais critérios e era mais rigorosa para internação de pessoas com transtorno mentais, do que a Lei mais nova traz para dependentes químicos.

A gravidade dessa Lei é abismal, percebe-se que é possível que servidores públicos administrativamente internem dependentes químicos caso não possuam familiares ou tutores legais. Trata-se de uma prática extremamente abusiva por parte do Estado, a palavra de um trabalhador do Estado determinará o futuro da vida de alguém ao decidir se optará pela internação involuntária do dependente ou não.

Apesar de toda a humanização que o texto legislativo recebeu, não dá razão a causa apresentada. Novamente, será possível uma internação involuntária, cabendo ao Estado julgar quem está apto a permanecer em sociedade e quem deve ir a centros terapêuticos.

Essas pessoas seriam encaminhadas a comunidades terapêuticas, instituições privadas prestadoras de serviços de acolhimento a pessoas com transtornos decorrentes do uso, abuso ou dependência de substâncias psicoativas. As unidades dessas comunidades devem contar com uma equipe multidisciplinar das áreas da medicina, psicologia e assistência social.

Em 2019, conforme a página oficial da Secretaria Especial do Desenvolvimento Social, foram ampliadas o número de vagas para comunidades terapêuticas no Brasil, segundo dados oficiais do Governo, entidades passaram a ofertar mais 10,8 mil vagas. O Ministério da Cidadania ampliou seus contratos com cerca de 216 instituições. Ao todo, o custo do governo federal com o tratamento de dependentes químicos passa a ser de R$ 153,7 milhões por ano para 10.883 vagas em 496 entidades.

A ideia é simples, essas instituições prestariam assistência ao Governo, auxiliando na reabilitação de dependentes químicos, diminuindo assim o número de usuários de narcóticos e o futuro gasto em saúde Pública, todavia, não deveria ser dada tanta liberdade para o Poder Público novamente decidir sobre a internação de pessoas por meio de ato administrativo.

Então, por conta da ineficácia do aparato estatal em fiscalizar as drogas no ambiente, os dependentes serão compulsoriamente forçados irem a centros de tratamento financiados pelo Governo, com métodos ineficazes, onde serão privados de sua possibilidade de locomoção por tempo indeterminado pela sua vontade, apenas com as vontades de funcionários do local que determinarão sua melhoria.

6. Considerações finais

Por todo o exposto, conclui-se que, por mais que a Reforma Psiquiátrica tenha combatido a possibilidade de internação involuntária, ela não a extinguiu, deixando possibilidades legislativas para que legislassem sobre a matéria e até a expandisse, como foi o caso da Lei n. 13.840/2019.

Apesar da Lei n. 13.840/2019 ter trazido uma forma a menos de internação involuntária, em detrimento da compulsória e involuntária da Lei n. 10.216/2001, ela deixou mais descomplicado para que o Poder Público executasse maior controle sobre o cidadão, como ocorria anteriormente à Reforma. Ou seja, paralelamente, a Lei mais nova trouxe menos possibilidades de internação, porém deu maiores poderes ao Estado para que administrativamente confinar dependentes químicos.

Por consequência, a Lei n. 13.840/2019 é um retrocesso aos ideais da Reforma Psiquiátrica. Não pode haver um retrocesso a ponto de proporcionar um novo caso de internação aos moldes de como ocorria no Hospital Colônia de Barbacena, muito menos de como era retratado na literatura brasileira em O Alienista.

O ser humano deve ser livre para buscar tratamentos adequados a qualquer enfermidade que possua e é admirável o esforço do Estado em provê-los gratuitamente. Contudo, não cabe ao Poder Público administrativamente violentar garantias individuais como a liberdade, autonomia e autodeterminação do ser humano.

7. Referências

Arbex, Daniela. Holocausto brasileiro . 1. ed. – São Paulo: Geração Editorial, 2013.

Consulta Pública sobre o Projeto de Lei n. 37/2013. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ecidadania/visualizacaomateria?id=113035> Acesso em: 29 mai.2019.

Estudo de caso sobre o Hospital Colônia de Barbacena, disponível em: http://www.ccs.saude.gov.br/memoria%20da%20loucura/vpc/barbacena01.html. Acesso em: 07 jul. 2019.

Kaysen, Susanna. Garota interrompida. 1ª Ed. Única, 2013.

LEI N. 10.216, de 6 de abril de 2001. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental.

LEI N. 13.840, de 5 de junho de 2019. Dispõe sobre o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas e as condições de atenção aos usuários ou dependentes de drogas e para tratar do financiamento das políticas sobre drogas.

MACHADO DE ASSIS, João Maria. *O Alienista*. Porto ALegre: L&PM. 2018.

Notícia sobre o tratamento de dependentes químicos em comunidades terapêuticas da Secretaria Especial do Desenvolvimento Social. Disponível em: http://mds.gov.br/area-de-imprensa/noticias/2019/marco/governo-amplia-vagas-e-regulamenta-o-tratamento-de-dependentes-quimicos-em-comunidades-terapeuticas. Acesso em: 20 jul.2019.

Notícia sobre o Projeto de Lei n. 37/2013 na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania(CCJ), Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2013/09/10/consenso-em-politicas-publicas-sobre-drogas-pode-ser-dificil. Acesso em: 29 mai.2019.

Nota Técnica n. 11/2019-MS, esclarece sobre as mudanças na Política Nacional de Saúde Mental e nas Diretrizes da Política Nacional sobre Drogas. Disponível em: http://pbpd.org.br/wp-content/uploads/2019/02/0656ad6e.pdf. Acesso em: 02 de agos. 2019.

PORTARIA INTERMINISTERIAL N. 2, DE 21 DE DEZEMBRO DE 2017. Institui o Comitê Gestor Interministerial, espaço permanente para articulação e integração de programas e de ações voltados à prevenção, à formação, à pesquisa, ao cuidado e à reinserção social de pessoas com transtornos decorrentes do uso, abuso ou dependência de substância psicoativa,como estratégia de transversalidade. Disponível em: http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/1286090. Acesso em: 02 de agos.2019.

PORTARIA N. 3.659, DE 14 DE NOVEMBRO DE 2018. Suspende o repasse do recurso financeiro destinado ao incentivo de custeio mensal de Centros de Atenção Psicossocial (CAPS),disponível em: http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/50486628/do1-2018-11-16-portaria-n-3-659-de-14-de-n. Acesso em: 02 de agos.2019.

PORTARIA N. 3.718, DE 22 DE NOVEMBRO DE 2018. Publica lista de Estados e Municípios que receberam recursos referentes a parcela única de incentivo de implantação dos dispositivos que compõem a Rede de Atenção Psicossocial (RAPS), e não executaram o referido recurso no prazo determinado nas normativas vigentes. Disponível em: http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/51521189/do1-2018-11-23-portaria-n-3-718-de-22-de-novembro-de-2018-51521040. Acesso em: 02 de agos.2019.

Site sobre o Programa de Volta para Casa, disponível em: http://www.saude.gov.br/acoes-e-programas/programa-de-volta-para-casa. Acesso em: 22 jun.2019.

O PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO E SEUS LIMITES

Lucienne Michelle Treguer Cwikler Szajnbok

Introdução

De início é possível afirmar que o ambiente tributário brasileiro se pauta pela extrema complexidade. Trata-se, em apertada síntese, de um sistema marcado por mais de 90 tributos, dentre impostos, taxas e contribuições, além de infindáveis obrigações acessórias, que incluem preenchimento e entrega de declarações, guias e formulários.

No mais, uma vasta legislação, muitas vezes ambígua e de difícil compreensão, e uma jurisprudência marcadamente instável contribuem para que a tributação brasileira gere um sentimento de insegurança jurídica.

Especificamente no tocante ao planejamento tributário, a citada insegurança jurídica é presente e marcante, pois, como há de se ver no presente artigo, a ausência de uma legislação direcionada a sua regulamentação e a instabilidade dos posicionamentos jurisprudenciais tornam tormentosa a tarefa de encontrar o marco correto para a implementação de procedimentos e para a adoção de estruturas de planejamento tributário que afastem o contribuinte do risco de autuações e penalidades.

Diante desse cenário, o presente artigo se propõe a oferecer um panorama geral do tema e fazer uma reflexão sobre as discussões que lhe são inerentes.

Com tal escopo, o primeiro item desse estudo se debruçará sobre as bases conceituais, legais e constitucionais do planejamento tributário.

O item 2, por sua vez, discorrerá sobre o embasamento que tem sido utilizado para demonstrar ora a licitude, ora a ilicitude, das práticas de planejamento tributário, tratando, ademais, da diferenciação entre elisão, evasão e elusão fiscal.

Ao final, o item 3 tratará da norma geral antielisão, incorporada ao regramento pátrio pela Lei Complementar nº 104, de 2001, trazendo também à discussão a questão atinente à dissimulação e ao propósito negocial.

1. As bases conceituais, legais e constitucionais do planejamento tributário

Sabe-se que, nos dias de hoje, uma das principais finalidades do tributo se cinge à obtenção de receita para o financiamento do Estado, possibilitando que este venha a cumprir as suas funções e finalidades.

Considerado o espectro fiscal, os tributos possuem inegável importância para a funcionabilidade do Estado, permitindo-lhe o custeio de sua estrutura, bem como viabilizando a implementação de ações e políticas públicas.

Como ensina José Casalta Nabais (1998, p. 679),

> [...] o imposto não pode ser encarado nem como um mero *poder* para o estado, nem como um mero *sacrifício* para os cidadãos, constituindo antes o contributo indispensável a uma vida em comunidade organizada em *estado fiscal*. Um tipo de estado que tem na subsidiariedade da sua própria acção (econômico-social) e no primado da autorresponsabilidade dos cidadãos pelo seu sustento o seu verdadeiro suporte.

Entretanto, em que pese a inegável essencialidade do tributo para a viabilização e organização estatais, a tributação, do ponto de vista empresarial, traz ínsita a ideia de custo, de despesa, de um ônus a ser suportado.

Com efeito, o empresário, em um sistema capitalista, busca maximizar o seu lucro, utilizando-se para tal finalidade, de técnicas de administração e do melhor arranjo possível de seus recursos, custos e despesas, sendo certo que, atualmente, as aplicações tecnológicas e a adoção de práticas inovadoras têm destacada relevância para a sobrevivência das empre-

sas em ambientes cada vez mais competitivos, nos quais o mercado tem ditado o rumo a seguir.

Ora, nesse cenário, os tributos certamente representam custos que são arcados pelas empresas. Tal custo não decorre apenas do recolhimento dos valores devidos, mas também de toda uma estrutura tecnológica e de pessoal que o empresário é levado a constituir para acompanhar a legislação, que muda com bastante frequência, calcular o tributo devido e cumprir as obrigações acessórias correlatas, em um panorama tributário altamente complexo.

Note-se que da mesma forma que o empresário busca utilizar seus recursos de maneira eficiente e eficaz, inclusive atuando na redução de seus custos decorrentes da aquisição de matéria-prima, pagamento de fornecedores e de mão de obra, dentre outros, não é de se estranhar que as empresas também busquem o melhor arranjo tributário possível, utilizando-se, para tanto, de práticas de planejamento tributário que, em princípio, diga-se, não representam *per si* qualquer ilícito, desde que sejam levadas a efeito em conformidade com a lei.

Como bem acentua Hugo de Brito Machado (2016, p. 26), o planejamento tributário "designa a conduta de fazer um plano para as atividades econômicas de uma empresa capaz de fazer com que tais atividades sejam desenvolvidas com o menor ônus tributário possível sem a prática de nenhum ilícito".

Por conseguinte, o empresário tem o direito legítimo de organizar seus recursos e buscar os melhores resultados, inclusive com a adoção de alternativas lícitas para pagar menos tributo.

Na mesma linha, Sacha Calmon Navarro Coêlho (2016, p. 636) discorre que

> [...] o contribuinte, no momento de planejar a execução de uma operação que tem o potencial de se encaixar no fato descrito na hipótese de incidência do tributo, possui a faculdade de optar pelo caminho menos oneroso. Em outras palavras: ao contribuinte não é imposta a obrigação de maximizar a incidência tributária das atividades por ele exercidas, podendo lançar mão de estratégias que possuam o condão de minorar ou, mesmo, suprimir a incidência do tributo – desde que por meio lícitos, destaque-se.

Importante que se diga que a realização do planejamento tributário se respalda tanto em bases legais, quanto constitucionais.

Nessa perspectiva, tenha-se presente que a livre iniciativa, na forma prescrita pela Constituição Federal, no inciso IV do artigo 1º e no *caput* do artigo 170, se encontra edificada como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e da ordem econômica e financeira.

Portanto, dentro do modelo econômico da livre-iniciativa albergado pelo texto constitucional, o direito de escolha quanto à forma de exercer as atividades econômicas leva ao direito de realização do planejamento tributário. (MACHADO, 2016, p. 31).

Sendo assim, ao empresário é garantido o direito constitucional de empreender e gerir o seu negócio com liberdade, podendo tomar as iniciativas que entender cabíveis, desde que revestidas de legalidade.

Acrescente-se, ainda, a livre concorrência, mencionada pelo artigo 170, inciso IV, da Constituição Federal, dentre os princípios gerais da atividade econômica, que igualmente impele as empresas a buscarem condições que lhes propiciem vantagem competitiva, sendo certo que, nesse aspecto, custos menores, inclusive tributários, favorecem um melhor posicionamento mercadológico.

No mais, acrescente-se que a legalidade é, indubitavelmente, um dos cânones de um Estado Democrático de Direito, atuando como verdadeiro sustentáculo de uma sociedade organizada e servindo de alicerce para a garantia dos direitos e dos deveres das pessoas naturais e jurídicas, tanto de direito público, quanto de direito privado.

Tal é a imprescindibilidade do princípio da legalidade que o mesmo vem inserido no rol dos direitos e garantias fundamentais da Constituição, na forma do artigo 5º, inciso II, que taxativamente dispõe que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Trazendo a legalidade para o âmbito tributário, tem-se que, na dicção do artigo 150, inciso I do texto constitucional, somente a lei pode exigir ou aumentar tributo, impedindo-se, dessa forma, que o Estado, a depender de sua voracidade arrecadatória, venha a criar ou majorar tributos a seu bel prazer.

Em termos infraconstitucionais, cite-se o artigo 3º do Código Tributário Nacional que dispõe textualmente que tributo é toda prestação pecuniária compulsória instituída em lei, e o artigo 97, do mesmo diplo-

ma legal, que estatui que somente a lei pode estabelecer a instituição, a majoração, a redução ou a extinção de tributos, salvo algumas exceções previstas em lei quanto à alteração de alíquota e base cálculo.

Da mesma forma, se de um lado, ao contribuinte incumbe cumprir a legislação tributária nos termos aplicáveis, de outro lado, ao Estado compete cobrar o tributo com estrita observância dos mandamentos constitucionais e legais.

Posta assim a questão, pode-se afirmar que inexiste no conjunto normativo brasileiro qualquer vedação à realização do planejamento tributário, o que o torna perfeitamente lícito. Consequentemente, a realização do planejamento tributário, desde que mediante a utilização de práticas e caminhos lícitos direcionados à economia de tributos, não se traduz em ilícito e, portanto, não pode dar ensejo a penalidades.

Situação diversa se dá quando verificada eventual ilicitude na realização do planejamento tributário, cabendo, nesse caso, a advertência de que a discussão das situações e fatos que extraem o planejamento tributário do campo de licitude para a ilicitude não é das matérias menos tormentosas do direito, com há de ser visto no item seguinte.

2. O planejamento tributário e a linha tênue que separa a licitude da ilicitude

Como afirmado no item precedente, em que pese a inexistência de impeditivos legais e/ou constitucionais à realização do planejamento tributário, eventual ilicitude que venha a revestir práticas de planejamento tributário deve ser combatida e punida, até porque a legalidade, como um dos pilares de um Estado Democrático de Direito, há que ser observada e resguardada.

Preliminarmente, convém ressaltar que a abordagem da ilicitude implica em se trazer ao debate conceitos originários da Teoria Geral do Direito e do Direito Civil, tais como o abuso de direito, o abuso de forma, a fraude à lei, a simulação e o negócio jurídico indireto.

No que tange ao abuso de direito, é possível encontrar a sua previsão legal no Código Civil que, em seu artigo 187, assim dispõe:

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

Analisando o dispositivo legal supra transcrito, constata-se que o uso abusivo do direito se consubstancia em ato ilícito quando os atos praticados extrapolam os limites do exercício regular do direito.

Como sustenta Hermes Marcelo Huck (1997, p. 143-144), o abuso de direito se revela pela ação ou omissão do agente que, ao exercer um direito, o faz de forma contrária à finalidade social da norma ou ao espírito e à finalidade econômico-social do direito que se exerce.

Nessa esteira, muito se discute se o planejamento tributário que traga em seu bojo apenas a finalidade fiscal, isto é, a economia de tributos, implica em excesso aos limites impostos pelo fim econômico ou social.

Marco Aurélio Greco (2011, p. 206-207, 286) aponta os efeitos negativos que um ato abusivo de direito causa em matéria tributária, sendo certo que, em havendo abuso de direito, o planejamento tributário restaria maculado pela ilicitude, na forma preconizada pelo Código Civil, do que resultaria a necessidade de neutralização do excesso, negando-se tutela jurídica apenas a essa parte.

Aliás, frise-se que o posicionamento adotado por Greco (2011, p. 201-203) decorre da conjugação de diversos princípios constitucionais, tais como a igualdade e a justiça, ademais de considerar a solidariedade social em contraposição ao individualismo exacerbado.

Sobre as condições para a desqualificação e requalificação dos negócios privados decorrentes de planejamento tributário, Greco (2011, p. 208) esclarece que cabe ao fisco demonstrar de forma inequívoca a abusividade do ato que haja distorcido ou extrapolado seus limites legais, inclusive se a finalidade única ou principal tenha sido um menor imposto a pagar.

Alberto Xavier (2001, p. 107-108), porém, tece contundente crítica à adoção da teoria do abuso do direito, como construção da doutrina civilista, para o direito público, aqui se incluindo o direito tributário. A seu ver, três são as razões para que se afaste a aplicação da teoria do abuso do direito em matéria tributária. Primeiramente, a teoria do abuso do direito implicaria em um grau de subjetivismo incompatível com a estrita legalidade tributária e com a segurança jurídica. Em segundo lugar, o abuso do direito, no direito privado, pressupõe relações paritárias, nas quais se busca vedar que o exercício do direito subjetivo por um particular atinja o direito subjetivo de outro particular. Ocorre que, no âmbito público, as relações não são paritárias, mas entre administrados e os titulares de

poderes de autoridade. Por fim, os motivos ou fins de atos praticados por particulares são irrelevantes, dentro do escopo dos direitos e garantias individuais.

No mais, as estruturas de planejamento tributário costumam se valer de formas ou caminhos para reduzir o ônus tributário e, nesse aspecto, a questão que se coloca diz respeito à abusividade ou não de determinadas práticas.

Conceitualmente,

> o abuso de formas consistiria no uso pelo contribuinte, no exercício da sua autonomia privada, de determinada forma jurídica atípica para a realização de um negócio jurídico que, caso celebrado pela forma típica, teria tratamento tributário mais gravoso. (PIMENTA, 2016, p. 616).

Como alerta Marco Aurélio Greco (2011, p. 285), o abuso de forma seria, na realidade, mero instrumento de outras figuras, tais como o abuso de direito, a fraude à lei, a simulação e, portanto, a ilicitude do planejamento tributário residiria nas citadas práticas e não no abuso de forma em si.

Aliás, Hugo de Brito Machado (2016, p. 27) considera que, em termos de planejamento tributário, o abuso de forma tem o mesmo significado do abuso de direito. A dificuldade, no entanto, residiria em saber quando o agente excede os limites impostos pelo fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Nesse particular, Ricardo Mariz de Oliveira (2013, p. 478) entende que o abuso de forma, no direito brasileiro, só poderia ser considerado sob a ótica dos crimes contra a ordem tributária, previstos na Lei nº 8.137/90, nas hipóteses em que a forma documental ocultasse a realidade, em virtude de falsidade ideológica ou material, caracterizando-se, assim, a sonegação fiscal; situação diversa, porém, é aquela em que a pessoa, legalmente, utilizando documentos que efetivamente retratam a realidade da estrutura do negócio jurídico adotado, afasta o fato gerador, reduz seus efeitos ou retarda a sua ocorrência.

Outra figura jurídica que merece enfoque na seara do planejamento tributário é a fraude à lei ou fraude fiscal.

Na forma preconizada pelo inciso VI, do artigo 166, do Código Civil, é nulo o negócio jurídico que tiver por objetivo fraudar lei imperativa.

Sob o prisma tributário, a fraude fiscal ocorre quando o agente pratica ato sob aparência de legalidade, mas que em sua essência viola a norma jurídica, atingindo finalidade diversa daquela propalada pelo ordenamento jurídico.

Em linhas gerais, pode-se afirmar que a fraude consiste "na violação indireta ou do 'espírito' da lei, evitando-se por um caminho indireto, a aplicação de uma norma jurídica que crie uma conduta obrigatória ou uma conduta proibida". (PEREIRA, 2001, p. 32).

Como exemplifica José Eduardo Soares de Mello (2001, p. 173), a fraude, como violação ao comando normativo, ocorre mediante "omissão de receitas, adulteração de documentos, indicação de valores a recolher divergentes dos valores escriturados, manutenção de duplicatas a pagar que já foram quitadas, saldo credor de caixa etc.".

Não se pode também deixar de mencionar, no contexto do planejamento tributário, o negócio jurídico indireto que se materializa "quando o negócio típico é celebrado para obter um efeito prático equivalente àquele próprio de outro negócio, mas que as partes não desejam celebrar em razão de certos efeitos ou problemas que enseja". (GRECO, 2011, p. 289).

Outras figuras que comumente se destacam no debate sobre a licitude e a ilicitude que cercam o planejamento tributário são a simulação, a dissimulação e a falta de propósito negocial que, dada a sua premência nos cenários legislativo e jurisprudencial, serão estudadas no item seguinte.

Por ora, importa deixar claro que o planejamento fiscal é perfeitamente lícito e permitido pelo ordenamento jurídico brasileiro. O que não se admite é a utilização de estruturas que ultrapassem a barreira da legalidade.

Inclusive, a doutrina majoritariamente costuma atribuir ao planejamento fiscal lícito a denominação de elisão fiscal em contraposição à evasão fiscal, essa correspondente a situações maculadas pela ilicitude.

De forma a elucidar o tema, Diva Malerbi (1984, p. 14-15) disserta que a

> **elisão tributária** (em sentido estrito) é a expressão empregada pela doutrina para designar a descrição tipológica de determinados comportamentos que os particulares manifestam perante a tribu-

> tação, e que se fundam num ponto referencial comum a todos: comportamentos tendentes a evitar uma incidência tributária ou a obter uma incidência tributária menos onerosa, mediante a **via jurídica lícita** que lhe proporcione tal desiderato.
>
> Expressa-se, assim, o comportamento elisivo na prática de atos ou negócios jurídicos que são fundamentalmente motivados pelos efeitos tributários (mais benéficos) dela decorrentes. [...].
>
> (grifos nossos)

A elisão fiscal, portanto, não se confunde com a evasão fiscal, pois esta última implica na ação ou omissão do agente que, de má-fé, deixar de cumprir, total ou parcialmente, as obrigações ou deveres tributários. (CALIENDO, 2007, p. 2).

Outro conceito que merece clarificação diz respeito à chamada elusão fiscal que apesar de implicar em ilícito se diferencia da evasão fiscal por utilizar métodos indiretos de descumprimento da norma jurídica. Trata-se da utilização de condutas com conteúdo e forma legalmente admitidos, mas que produzem resultados ilícitos.

Sem prejuízo à discussão que cerca os termos elisão, evasão e elusão fiscal, importante ter-se em mente que, em havendo dois caminhos para a condução de determinado negócio ou atividade, tem o empresário direito de optar por aquele que lhe seja menos oneroso, inclusive sob o enfoque fiscal.

Nessa toada, a legítima economia de tributos se consubstancia em atitudes lícitas adotadas pelo contribuinte, quer para evitar a incidência tributária, quer para reduzir ou diferir o impacto fiscal. Se, contudo, a atitude adotada pelo contribuinte for ilícita (evasão ou elusão), poderá o fisco adotar medidas corretivas. (TÔRRES, 2001, p. 37-38).

Dessa forma, ao optar por uma dada estrutura ou caminho para a realização de seus negócios, deve o contribuinte pautar a sua conduta na legalidade, sob pena de as estruturas e atos praticados serem desfeitos e desconsiderados com a consequente autuação e imposição de penalidades.

Daí decorre a afirmação de que

> o indivíduo é livre (tem liberdade) para organizar seus negócios da maneira que entender mais conveniente, inclusive à vista da legis-

> lação fiscal, mas não pode ultrapassar certos limites, sob pena de seus atos serem inoperantes para efeito fiscal.
>
> Diversas abordagens exegéticas procuram estabelecer critérios que possam, em face dos vários caminhos que a prática sugere, segregar os lícitos e os ilícitos, ou melhor, os que são eficazes para evitar ou reduzir a incidência tributária, e os que não o são. Na primeira hipótese, o indivíduo terá obtido uma legítima economia de imposto. Ao contrário, se, na tentativa de encontrar um percurso livre de ônus fiscais, o indivíduo adota um roteiro ilegal ou fiscalmente inoperante, dizse que ele praticou uma evasão ilegal (ou evasão, tout court). (AMARO, 2017, p. 260).

Partindo-se, assim, da premissa de que a lei não obsta a realização do planejamento tributário, salvo se maculado por práticas e resultados ilícitos, e analisadas as diversas vertentes quanto à abordagem do abuso de direito, do abuso de forma, da fraude à lei e do negócio jurídico indireto, passa-se, no próximo item, ao estudo da norma geral antielisão, instituída pela Lei Complementar nº 104/2001.

3. A norma geral antielisão

Em 2001, foi publicada a Lei Complementar nº 104 que adicionou um parágrafo único ao artigo 116 do Código Tributário Nacional, conforme a seguir transcrito.

> Art. 116. [...]
>
> Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá **desconsiderar atos ou negócios jurídicos** praticados com a finalidade de **dissimular** a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, **observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária**.
>
> (grifos nossos)

Primeira questão que se coloca é que a disposição contida no citado parágrafo único não se confunde com a "simulação" prevista no mesmo diploma legal, no artigo 149, inciso VII, que autoriza a efetivação do

lançamento e a revisão de ofício nos casos em que ficar comprovado que contribuinte, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação.

Impende observar que vários são os posicionamentos doutrinários no concerne ao sentido e ao alcance da dissimulação.

Alberto Xavier (2001, p. 56-57), por exemplo, entende que o parágrafo único do artigo 116 possibilita a ocorrência de duas espécies de simulação: a absoluta e a relativa. No que respeita ao fato gerador a simulação será necessariamente relativa, ao passo que, no tocante à base de cálculo, a simulação pode ser relativa ou absoluta, a depender do caso concreto. Em suas palavras,

> [...] *na simulação absoluta* aparenta-se celebrar um negócio jurídico quando, na realidade, não se pretende realizar negócio algum; na *simulação relativa*, as partes celebram, efetivamente, um contrato, mas, para enganar terceiros, o ocultam com um contrato aparente distinto do primeiro pela sua natureza ou pelas suas cláusulas e condições. E daí que, enquanto na simulação absoluta existe apenas um negócio jurídico correspondente à vontade declarada – o *contrato simulado* – na simulação relativa existem dois negócios jurídicos: o *negócio simulado*, correspondente à vontade declarada enganadora e o contrato, por baixo dele oculto ou encoberto – o negócio *dissimulado*, correspondente à vontade real dos seus autores. (XAVIER, 2001, p. 53-54).

Em sentido diverso, Marco Aurélio Greco (2011, p. 555-557), ao refletir sobre o tema, propõe que o vocábulo dissimulação possui amplitude maior que a simulação, não se confundindo com esta. A seu modo de ver, a dissimulação implica na existência de um fato gerador mascarado, independente de outras patologias (abuso de direito, fraude à lei etc.), permitindo que negócios jurídicos, que não padeçam de qualquer vício, possam ter a sua conformidade contestada sob o prisma do princípio da capacidade contributiva.

A esse respeito, convém citar a lição de Washington de Barros Monteiro (2016, p. 293) que fornece, de forma elucidativa, a seguinte diferenciação entre simulação e dissimulação.

> Cumpre não confundir simulação com dissimulação. Distinguiu-as Ferrara, nos seguintes termos: na simulação, faz-se aparecer o que não existe; na dissimulação oculta-se o que é; a simulação provoca uma crença falsa num estado não real, a dissimulação oculta ao conhecimento dos outros uma situação existente; aquela procura uma ilusão externa, busca esta uma ocultação interna (dissimula-se o ódio, o rancor). Mas, em ambas, o agente quer o engano; na simulação, quer enganar sobre a existência de situação não verdadeira, na dissimulação, sobre a inexistência de situação real. Se a simulação é um fantasma, a dissimulação é uma máscara.

Para Ricardo Mariz de Oliveira (2013, p. 543), o parágrafo único do artigo 116, ao utilizar o verbo "dissimular", almeja "levantar o véu do disfarce para descobrir a verdade, ou, mais especificamente, ele visa desconsiderar o ato dissimulatório para encontrar o verdadeiro fato gerador, tal como previsto na respectiva descrição legal".

A leitura do citado parágrafo único remete, assim, à conclusão de que instrumentos, documentos ou contratos firmados, que formalizem atos ou negócios jurídicos, poderão vir a ser desconsiderados pela autoridade administrativa, se praticados com a finalidade de dissimular, isto é, ocultar, encobrir o fato gerador que geraria um montante maior de tributo do que foi realmente recolhido.

Nas palavras de Aurélio Pitanga Seixas Filho (2002, p. 9), a dicção do parágrafo único permite à autoridade fiscal

> a não levar em consideração os documentos formados e firmados pelo contribuinte, isto é, a forma jurídica adotada pelo contribuinte para revestir ou representar os seus atos comerciais ou econômicos, por entender que, na realidade, teriam sido praticados outros atos ou negócios jurídicos que gerariam uma quantidade maior de imposto.

Ademais, no debate desse tema, convém trazer a lume a questão atinente à efetiva e imediata aplicação do mencionado parágrafo único, posto que o texto é taxativo em determinar que a desconsideração, pela autoridade administrativa, de atos ou negócios jurídicos deverá observar os pro-

cedimentos estabelecidos em lei ordinária que, diga-se, até o momento, não foi editada.

É bem verdade que, em 2002, a Medida Provisória nº 66 intentou normatizar os procedimentos necessários à aplicação plena do parágrafo único do artigo 116.

Nesse particular, a Medida Provisória em comento, em seu artigo 14, determinou que, para a desconsideração de ato ou negócio jurídico, seria levada em conta a ocorrência da falta de propósito negocial ou abuso de forma. A falta de propósito negocial se revelaria pela escolha da forma mais complexa ou mais onerosa, para os envolvidos, entre duas ou mais formas para a prática de determinado ato. O abuso de forma jurídica, por sua vez, se traduziria pela prática de ato ou negócio jurídico indireto que produzisse o mesmo resultado econômico do ato ou negócio jurídico dissimulado. Obviamente que, em ambas as hipóteses, o ato ou negócio jurídico seria desconsiderado se reduzisse o valor do tributo, evitasse ou postergasse o seu pagamento ou ocultasse os verdadeiros aspectos do fato gerador ou a real natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária.

Contudo, a matéria foi vetada quando da conversão da Medida Provisória em lei, não tendo havido, até momento, normatização a respeito.

Não obstante, cumpre destacar que a jurisprudência pátria, principalmente os julgados administrativos, tem se valido do argumento da falta de propósito negocial para desconsiderar atos e negócios jurídicos.

De forma sucinta, o propósito negocial corresponde à finalidade da empresa e está ligada aos objetivos por esta perseguidos. É o propósito que leva a empresa a se estruturar de uma determinada forma.

Os defensores do posicionamento de que as estruturas de planejamento tributário devem estar aderentes ao propósito negocial da empresa, o fazem sob a perspectiva de que as decisões empresariais devem estar totalmente desvinculadas de motivações tributárias e, dessa forma, não poderiam se valer de estruturas que, não apresentando correlação aos seus negócios, apenas tivessem o desiderato de buscar a economia de tributos.

Hugo de Brito Machado (2016, p. 38) diverge frontalmente quanto à exigência de propósito negocial para a realização do planejamento tributário, uma vez que, a seu ver, a empresa pode planejar as suas atividades ainda que com propósito exclusivamente tributário, posto que o texto constitucional garante o livre exercício da atividade econômica.

No mesmo sentido, Sacha Calmon Navarro Coêlho (2016, p. 648) afirma que as práticas ou condutas adotadas pela empresa, visando à economia exclusiva tributos, são tão negociais quanto quaisquer outras, pois se respaldam na liberdade econômica e no direito de buscar maior eficiência.

De qualquer forma, enquanto não editada lei que venha a normatizar o parágrafo único do artigo 116, do Código Tributário Nacional, o ambiente de insegurança jurídica quanto à matéria permanece, mormente se considerada a jurisprudência que, a despeito da não regulamentação da matéria, vem utilizando com bastante frequência o argumento da falta de propósito negocial para a desconsideração de atos e negócios jurídicos, do que decorre a necessidade de a empresa se cercar de cautelas para a adoção de estruturas de planejamento tributário que tenham finalidade exclusivamente tributária e desvinculada de propósito negocial.

Conclusão

Com base nos apontamentos realizados, pode-se afirmar que o tema "Planejamento Tributário" não é dos mais singelos e possui os mais variados posicionamentos.

Primeiramente, com base em princípios constitucionais como a legalidade, a livre iniciativa e a livre concorrência, defende-se o planejamento tributário como caminho na busca de maior eficiência empresarial, não se vislumbrando, assim, qualquer óbice para que o empresário se utilize de estruturas lícitas que visem à economia tributária.

Entretanto, parte da doutrina também adota o entendimento de que o planejamento tributário possui limites embasados em princípios como a isonomia, a solidariedade e a justiça e, por essa razão, ainda que se valha de condutas lícitas, o planejamento tributário não poderia incorrer em posturas que se traduzam em abuso de direito, abuso de forma, negócio jurídico indireto, falta de propósito negocial, dentre outras figuras.

A doutrina sobre o tema é variada e caminha em diversos sentidos. A jurisprudência também não se encontra pacificada, em que pese as decisões administrativas mais recentes apontarem uma tendência quanto à rejeição de estruturas de planejamento tributário despidas de propósito negocial.

Destarte, todo o cenário supra delineado contribui para manter o sentimento de insegurança jurídica, pois, a despeito da construção de estruturas de planejamento tributário dentro dos exatos limites de licitude, outros argumentos podem vir a ser levantados com o desiderato de desconstituir atos ou negócios firmados, como o abuso de direito, o abuso de forma, a falta de propósito negocial, dentre outros.

Referências

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CALIENDO, Paulo. Breves notas do art. 116, parágrafo único, do CTN. **Interesse Público IP**, Belo Horizonte, n. 42, p. 1-16, mar./abr. 2007. Disponível em: http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=48889. Acesso em: 24 jul. 2019.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. Considerações acerca do planejamento tributário no Brasil. *In*: MACHADO, Hugo de Brito (coord.). **Planejamento tributário**. São Paulo: Malheiros: ICET, 2016. p. 635-656.

GRECO, Marco Aurélio. **Planejamento tributário**. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2011.

HUCK, Hermes Marcelo. **Evasão e elisão**: rotas nacionais e internacionais do planejamento tributário. São Paulo: Saraiva, 1997.

MACHADO, Hugo de Brito. Planejamento tributário. *In*: MACHADO, Hugo de Brito (coord.). **Planejamento tributário**. São Paulo: Malheiros: ICET, 2016. p. 19-49.

MALERBI, Diva Prestes Marcondes. **Elisão tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

MELLO, José Soares de. Planejamento tributário e a lei complementar 104. *In*: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). **O planejamento tributário e a lei complementar 104**. São Paulo: Dialética, 2001. p. 163-179.

MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. **Curso de direito civil**: parte geral. 45. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 1998.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Planejamento tributário, elisão e evasão fiscal, norma antielisão e norma antievasão. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). **Curso de direito tributário**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 455-570.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. A elisão tributária e a lei complementar nº 104/2001. *In*: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). **O planejamento tributário e a lei complementar 104**. São Paulo: Dialética, 2001. p. 23-46.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Planejamento tributário. *In*: MACHADO, Hugo de Brito (coord.). **Planejamento tributário**. São Paulo: Malheiros: ICET, 2016. p. 600-620.

SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. A interpretação econômica no direito tributário, a lei complementar nº 104/2001 e os limites do planejamento tributário. *In*: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). **O planejamento tributário e a lei complementar 104**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 9-19.

TÔRRES, Heleno. **Direito tributário internacional**: planejamento tributário e operações transnacionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

XAVIER, Alberto. **Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisiva**. São Paulo: Dialética, 2001.

LEI GERAL DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL (PROJETO DE LEI 9746/2018): INSTRUMENTO AO IMPULSIONAMENTO DOS INVESTIMENTOS OU DEFASAGEM E VIOLAÇÃO AO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO/DANOS AO MEIO AMBIENTE

Cristiane Moreira Rossoni
Alexsandra Marafigo

INTRODUÇÃO

Inúmeros são os impasses que envolvem o licenciamento ambiental no Brasil. Existem críticas tanto ao processo em si quanto às normas regulatórias e aos órgãos ambientais responsáveis pela execução do processo, vindas dos mais diferentes atores envolvidos direta ou indiretamente no processo. Nesse contexto, o Congresso Nacional e estudiosos fornecem hipóteses tidas como determinantes a ponto de transformar essa realidade e promover gestão ambiental, além de segurança jurídica, as quais precisam ser detalhadamente analisadas e debatidas por diferentes profissionais e sobre várias formas, razão pela qual se faz primordial o presente artigo.

BREVE HISTÓRICO: DA TRANSITORIEDADE DA RELEVÂNCIA DA NATUREZA E DA PROTEÇÃO LEGISLATIVA E SOCIAL E CRIAÇÃO DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL

Primordial, antes de ingressar no assunto em apreço, licenciamento ambiental, *ipsis litteris*, demonstrando as razões que fizeram o legislador criar o Projeto de Lei 3957/2004, incluído no Projeto de Lei 9746/2018, este ainda em pauta no Congresso Nacional e fortemente debatido, apresentar a transitoriedade da relevância da natureza e a proteção legislativa e social, bem como em qual momento houve a criação do referido mecanismo.

A Nação Brasileira por muitos e muitos anos foi sinônimo de território dotado de vasta, infindável e robusta natureza, motivo pelo qual outros países decidiram por realizar exploração nestas terras, tomando posse aos menos dos recursos, como o que ocorreu com a vinda dos portugueses e a angariação/exploração de pau-brasil, no período colonial, que contava com a mão-de-obra indígena, para fins de comercialização. Enquanto isso, a passos pequenos, invisíveis a olho nu, a preservação ao *habitat* foi sendo exercida.

Por longo interregno o resguardo ao meio ambiente foi diretriz de baixa relevância. As comunidades, baseadas em fatos e modos de agir de gerações, lastrearam-se por desarrazoadas cognições acerca da exploração dos bens. Foi dotado de impasse a transição até aquele ser utilizado como perfeito instrumento na busca de investimentos e crescimento das cidades.

Leciona Milaré (2013) que

> Os tempos históricos começaram a ser contados a partir da identificação e da presença da espécie humana nos ecossistemas naturais. São milhares de anos decorridos, e ainda hoje os cientistas procuram registros convincentes sobre nossa idade neste Planeta e sobre as inúmeras transformações que produzimos ao longo da evolução [...] os tempos atestam a presença e as atividades do Homem, assim como a ocupação do espaço. Mais do que isso, testemunham as alterações por ele impostas ao ecossistema terrestre: desta vez, não são apenas as causas físicas naturais, aparecem também as mudanças intencionais produzidas pelo *homo sapiens* [...](op. cit, p. 52).

Dentre as fases que o ser humano passou, refere-se o teocentrismo, ocorrido na Ideia Média, calçado na figura divina, que pregava que Deus estava no centro de todos os problemas, enquanto o humano agregava a condição de criatura inferior e pecadora. Acreditava-se que os elementos da natureza eram renováveis e infindáveis, portanto, estava longe qualquer precaução.

Em seguida, entre os séculos XV e XVI, inaugurou-se o Renascimento, em que o individuo se desvencilha da autoridade sobrenatural, crendo que tem condições de suprir suas necessidades e resolver seus impasses.

Período de intensa devastação, aqui o ser humano depredava todo e qualquer bem que lhe conviesse simplesmente para satisfazer vontades, das básicas às esdruxulas, repercutindo na devastação das matas, contaminação dos aquíferos, extinção de espécies de plantas e animais nativos.

O estereótipo antropocêntrico trouxe sérias consequências para o planeta, entre elas a arrogância e a ambição desmedidas (MILARÉ, 2013, p. 107),

Com a Revolução Industrial, Séculos XVIII e XIX, sob a égide do capitalismo, iniciou-se a produção em larga escala, intensificando a poluição sonora e atmosférica, a contaminação de nascentes por substâncias tóxicas e o número de cortes de árvores, já que elas eram combustíveis para as máquinas.

No ano de 1972, na Conferência de Estocolmo ocorrida na Suécia, embora parte dos países tenham consentido que estavam sendo tomados pela crise ambiental, o representante do Brasil, Emílio Garrastazu Médici, enfatizou que isto não fazia parte deste território, incentivando a instalação de empresas estrangeiras mediante a isenção de tributos, inexigência de equipamentos antipoluentes e demais regalias (OLIVEIRA, 2015).

Passaram a ocorrer desastres nucleares em locais como Estados Unidos da América (EUA), Japão, Rússia, e Brasil, gerando a morte de peixes, tartarugas e crustáceos raríssimos, pela projeção de matérias radioativas e emissão de radionuclídeos de intensidade maior que as duas bombas atômicas lançadas pelos EUA no final da II Guerra Mundial, como aconteceu em 26 abr. 1986 na União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) (PINTO, 2015).

Anos depois, desponta a figura do homem lado a lado com outras criaturas, dilema que se denomina biocentrismo. Percebe-se que todos os tipos de animais e plantas são "[..] o centro das preocupações e dos interesses" (MILARÉ, 2013, p. 108). As pessoas repensam suas atitudes para com o habitat natural, concluindo que muito do que consideravam como básico para sobreviver era supérfluo, e que a preocupação ecológica deve ser o foco. Todavia, esse movimento também caiu por terra pois "Na realidade, o biocentrismo teve seus efeitos positivos, porém restritos a uma camada da biosfera[...]" Opcite (2013, p. 108).

Apenas a um século que passou, o legislador, a inserir nos textos, a noção e medidas para assegurar o meio ambiente ecologicamente equilibrado. Não corresponde a vetar o impulsionamento de indústrias, mas o fazê-lo sem banalizar os meios.

Cite-se que foi em Londres, no ano de 1933, promovida e votada a Convenção sobre a Conservação da Fauna e da Flora Africana, em seu estado natural. Trata-se do primeiro documento contendo regras de preservação a tornar os recursos ambientais intocáveis, e que foi somente a partir da Constituição Federal de 1988, que passou a ter um capitulo inteiro sobre a proteção ao meio ambiente.

Durante os anos 80, a discussão sobre a questão ambiental frente ao desenvolvimento econômico foi retomada, e duas situaçoes novas surgiram sobre o tema, uma é que alguns estados não alteraram o texto constitucional, mas passsaram a interpretá-lo com atenção ao aspecto ambiental. O raciocinio era de que, a saúde das pessoas dependia diretamente de um ambiente saudavél. E a outra situação foi, emendar/ promulgar novas constituições, sob uma visão explicita de proteção ao meio ambiente. Neste mesmo ano, a Assembleia Geral das Nações Unidas proclamou a responsabilidade dos Estados pela preservação do meio ambiente, ante a necessidade de proteger os sistemas de sustentabilidade da vida, ecossitema ecologicamente equilibardo e de manter um ambiente sadio (TEIXEIRA, 2019).

Em 1983, a Organização das Nações Unidas (ONU), em assembléia geral, indicou a então primeira-ministra da Noruega, *Gro Harlem Brundtland*, para a presidência da Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (CMMAD), criada para estudar o tema. Esta comissão, apresentou, em 1987, relatório intitulado *Our Common Future*, conhe-

cido como Relatório *Brundtland*, que cunhou a expressão desenvolvimento sustentável. Em 1992, o Brasil recepcionou a Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (CNUMAD), mais conhecida como ECO-92 ou Rio-92, na qual participaram mais de 150 países. Esta é considerada uma das mais importantes conferências sobre o assunto, na qual vários documentos foram produzidos, entre eles a Convençao da Biodiversidade e a Agenda 21.

Em julho de 2002, na cidade de Joanesbusgo, foi realizada pelas Nações Unidas a conferência RIO+10. Constatou-se que, apesar de passado dez anos desde a RIO-92 (Cúpula da Terra), a maior de todas as conferências já realizadas pelas Nações Unidas, e da Agenda 21 e os Principios do Rio, na prática, pouco mudou (LEMOS, 2003). A declaração politica chamada *O Compromisso de Joanesburgo sobre Desenvolvimento Sutentável* estabelece posições politicas, e não tem força obrigatória, inexistindo sanções para eventual descumprimento, deixando a desejar as reais necessidades do Planeta. Um dos exemplos, revelados no relatório da ONU, em 2002, é que 4% da população mundial enfrentava escassez de água. O relatório demonstra que o consumo de água aumentou seis vezes no mesmo período. Bens infindaveis, tornam-se findáveis.

Hoje, mesmo após a inserção do equilibrio ecológico nas normais, impera a violação da garantia constitucional do meio ambiental economicamente equilibrado, prevista no art 225 CF/88, ante a ausência de mecanismos para fins de efetiva concretização do mesmo.

O licenciamento ambiental, previsto na Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981 (Política Nacional do Meio Ambiente), art. 1º, § I, da Resolução Conama n° 237, de 19 de dezembro de 1997, justamente foi criado como forma a assegurar que antes de qualquer obra, construção e inicio de trabalhos, possa ser analisada a área por profissionais e, se necessário, feito EIA/RIMA, evitando maiores consequências ambientais, todavia, uma série de nuances surgem, como demora na prolação da decisão, ensejando na perda de oportunidades, ausência de profissionais que conheçam a região a ser licenciada e suas peculiaridades, excessiva burocracia ocasionando entrave na economia, fora o longo conflito de competência entre os órgãos.

Embora o direito a um meio ambiente sádio não esteja expresso no rol do artigo 5º da CF/88, há de ser reconhecido como direito fundamen-

tal de todos. A esse respeito faz considerável estudo sobre direitos fundamentais, Sarlet, em sua obra sobre a efeicácia dos direitos fundamentais, (SARLET, 2003, p. 50-51):

> Os Direitos Fundamentais de terceira dimensão, também denominados de fraternidade ou de solidariedade, trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em principio, da figura do homem-individuo como seu titular, destiando-se à proteção de grupos humanos (familia, povo, nação) e caracterizando-se, consequentemente como direitos de titularidade coletiva ou difusa.

A Constituição Federal de 1988, no entanto, trouxe ao nosso ordenamento jurídico a defesa dos bens coletivos, através da inclusão da redação constante no artigo 225. Admite, inclusive, a existência de uma terceira espécie de bem: o bem ambiental. Este bem é caracterizado por não ter uma propriedade definida, isto é, não é interesse único do particular, nem é considerado bem público: é um bem comum, de uso coletivo de todo um povo.

Com a lição de Alexandre de Morais, complementamos o conceito de direito *fundamental de terceira geração*, indispensável ao nosso estudo:

> (...) protege-se, constitucionalmente, como direitos de terceira geração os chamados direitos de solidariedade ou fraternidade, que englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, ao progresso, a paz, a autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos, que são, no dizer de José Marcelo Vigiliar, os interesses de grupos menos determinados de pessoas, sendo que entre elas não há vínculo jurídico ou fático muito preciso.(MORAIS, 1998).

A Lei 8.078/90 também definiu os direitos metaindividuais, criando os institutos dos direitos difusos, coletivos, individuais e homogêneos.

O direito ao meio ambiente é um direito coletivo, pertencente a todos, e ao mesmo tempo, a cada indivíduo. Todos têm o direito de viver em um ambiente saudável que propicie qualidade de vida, mas ao mesmo tempo ter o avanço tecnológico, de indústrias e empresas, nos termos

do disposto no artigo 225 da CF/88. Estimula-se a preservação e dá-se a consciência da punição através da reparação dos eventuais prejuízos.

Em suma, em que pese criados mecanismos de proteção do meio ambiente, promovendo relação harmônica entre homem e meio *habitat*, nítido exemplo do licenciamento, estes ainda apresentam falhas e trazem impasses a população, razão pela qual devem ser revistos e readequados, observando as peculiaridades.

DA LEI GERAL DO LICENCIAMENTO: MECANISMO DECISIVO OU DESPRESIVEL? DEBATES PARLAMENTARES E A PERTINÊNCIA DO TEMA NOS DIAS ATUAIS.

Licença Ambiental corresponde a uma autorização precária, pois pode ser revogada/cancelada a qualquer momento em que ausentes os requisitos legais, exarada pelo Poder Público, que se desdobra em 03 (três) fases distintas, para fins de aprovar a localização do que se pretende (Licença Prévia - LP), autorizar a implantação do empreendimento ou atividade (Licença de Instalação – LI) e autorizar o interessado a iniciar a operação do empreendimento (Licença de Operação – LO), cada qual com suas nuances, excessivas nuances, as quais se deixa de abordar para que seja aprofundado o tema em tempo.

Trata-se de um meio pelo qual o Poder Público pode executar a política ambiental, preservando, recuperando o meio ambiente e equilíbrio ecológico, amparado no artigo 9º, inciso IV, da Politica Nacional do Meio Ambiente.

Além de a previsão legal desse instrumento ser em leis esparsas e com linguagem rebuscada compreendida apenas por profissionais da área jurídica/agronômica, o que dificulta o manuseio e compreensão, respectivamente, infortúnios vem sendo gerado em virtude da excessiva burocracia que o texto legal apresenta, causando incomodo a vários setores da sociedade e a própria promoção da situação econômico-financeira desta Nação. Isso é o que os ruralistas clamam! Trata-se de um debate que perdura mais de 16 anos junto ao Congresso Nacional.

A questão da competência é uma das principais preocupações tanto de quem atua na confecção do licenciamento, quanto dos destinatários.

O artigo 23 da Constituição Federal de 1988 estabelece a competência administrativa comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, definindo nos incisos VI e VII, respectivamente: "proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas" e "preservar as florestas, a fauna e a flora", sendo necessária lei complementar para fixação de cooperação entre os entes públicos.

Ante a ausência de lei específica, o instrumento passou a ser previsto na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente – Lei nº 6.938/81, cuja divisão de competências era regulada pelo dano e não de localização, pela Resolução CONAMA nº 01/86, esta que direcionou a feita ao Estado e a União em caráter supletivo, ambas anteriores à Constituição Federal e, posteriormente, pela Resolução CONAMA nº 237/97, esta que definiu, nos seus artigos 4º ao 6º, a competência para o licenciamento ambiental do IBAMA, dos Estados e dos Municípios.

Com o recente advento da Lei Complementar nº 140, de 8 de dezembro de 2011, regulamentando o art. 23 da Constituição Federal, os critérios de definição do ente competente baseia-se nos princípios da territorialidade, dominialidade do bem, predominância do interesse e grau de impacto, porém ainda há intermináveis dúvidas, prejudicando, pois, a execução dos trabalhos.

Criou-se o Projeto de Lei 3957 de 2004, que tem como um dos alicerces garantir o estabelecimento formal de que o licenciamento ambiental é conduzido em uma única esfera de competência, preferencialmente no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, além da possibilidade de que políticas, planos e programas potencialmente causadores de impacto ambiental sejam submetidos a licenciamento ambiental, em etapa única.

Hoje o licenciamento simplicado é utilizado para empreendimentos ou atividades de pequeno porte e baixo potencial poluidor, concedida antes de iniciar a implantação do empreendimento, em uma única fase, enquanto o projeto busca essa regalia aos grandes empreendimentos.

Aquele projeto previa a possibilidade de que se exija apenas um EIA/RIMA para o conjunto de empreendimentos de natureza semelhante localizados na mesma área de influência, dispensando a elaboração de EIAs/RIMAs individuais; previsão da adoção de uma nova estratégia de relacionamento do licenciador com os empreendedores, de forma a propiciar a

classificação destes como colaboradores, assessorados ou controlados; possibilidade de que o órgão local do Sisnama possa atuar como licenciador, desde que o Município possua legislação ambiental própria, plano diretor, conselho municipal de meio ambiente com caráter deliberativo e equipe técnica multidisciplinar capacitada; obrigatoriedade de condicionar à licença ambiental de empreendimento potencialmente causador de impacto ambiental a concessão de financiamentos e incentivos de qualquer natureza, incluindo benefícios fiscais ou financeiros por parte do Governo federal, bem como concessões de serviços e obras públicas e permissões de serviços públicos.

Todavia aquele projeto, confeccionado pela Deputada Ann Pontes, contendo 32 dispositivos, não fora aprovado, sendo, pois, apensado ao Projeto nº 9746, de 2018, pelo Deputado Júlio Lopes, que contém 03 (três) dispositivos, que estabelece novo cenário, padronizando a questão por tipologia de atividade ou empreendimento, amparado nas necessidades da sociedade nos dias atuais.

Quantas vezes os sujeitos, ao chegarem aos balcões de atendimento, para fins de indagar acerca desse instrumento, não tem suas questões sanadas ou tem que intentar ações judiciais para isso. Os entes federativos não dispõem de funcionários capacitados para atuarem nesse ramo e acabam colocando em risco aqueles que dependem dos serviços, e mais do que isso, gerando insegurança jurídica.

Na nova redação a competência é definida observadas as atribuições estabelecidas na Lei Complementar nº 140, de 8 de dezembro de 2011, dando-se prioridade aos Estados e Municípios para exercer tal.

Logicamente que com o repasse da competência, de forma expressa e inequívoca para Estados e Municípios andará o procedimento mais rápido e o trâmite será mais célere, isso seria o ideal, porém sabe-se que a realidade demonstra exatamente o contrário, pois na medida em que se localizar nesses entes, latente é a ausência de funcionários e quando possuem, os falta capacitação e treinamento.

Além disso, quanto mais pequena a localização dos que detem o poder, maior o risco de que a imparcialidade não seja exarada nas decisões, o que acaba atingindo cidadãos, coibindo-os dos seus direitos, como o de realizar o licenciamento ambiental, e ao final, mesmo com o preenchimento dos requisitos, tê-lo negado.

Surge a figura da denominada certificação de procedimentos de licenciamento ambiental. Reza o artigo 2º, §§1º e 2º:

> § 1º A certificação voluntária dos procedimentos de licenciamento ambiental, efetuada por organismo reconhecido internacionalmente, atesta a viabilidade da atividade ou empreendimento para fins de emissão da respectiva licença ambiental pelo órgão ambiental competente.
>
> § 2º As atividades e empreendimentos certificados publicarão relatórios integrados anualmente, contemplando os aspectos econômicos, sociais e ambientais.

A certificação visa fortalecer os laços de confiança com países parceiros, fomentando investimentos responsáveis, vez que ele tem alcance internacional.

Forte na bancada ruralista, o Projeto retro foi elaborado, justamente para tornar o procedimento mais célere, com prazos curtos, e sem elevadas burocracias, porém mantendo a qualidade, para fins de impulsionar o desenvolvimento econômico e social.

Saliente-se, porém, que essa posição, norteada nos negócios, interferirá negativamente, aumentando o risco ao meio ambiente e aos próprios cidadãos, que poderão ser atingidos cada vez mais por eventos naturais, ficarão menos protegidos e com direitos ameaçados, como o próprio direito a participação popular.

Nesse contexto, vejamos algumas entidades que repudiam o Projeto em comento: ABA - Associação Brasileira de Antropologia; ABAI - Associação Brasileira de Avaliação de Impacto; ABECO - Associação Brasileira de Ciência Ecológica e Conservação ABRAMPA - Associação Brasileira dos Membros do Ministério Público de Meio Ambiente; AMECA - Associação Movimento Ecológico Carijós Amigos da Terra - Amazônia Brasileira; APOENA - Associação em Defesa do Rio Paraná, Afluentes e Mata Ciliar.

Busca-se evitar, com a nova redação, o excesso de discricionariedade dos órgãos ambientais, que concedem a autorização a quem bem desejam e a outros aplicam regras desconhecidas, balizas ou condicionantes inventadas justamente para que o procedimento demore ainda mais, quiçá haja

desistência. O dia a dia relata a inexistência de imparcialidade nesse setor, o que precisa ser urgentemente sanado.

O projeto destina-se a estabilidade, previsibilidade e coerência na avaliação de impactos ambientais, mantendo-se o devido rigor necessário à manutenção do equilíbrio ecológico.

Porém os ambientalistas não pensam da mesma maneira. Eles cogitam que a flexibilização de regras para o licenciamento gerará maiores infortúnios, como o que ocorreu quando do rompimento das barragens em Mariana e em Brumadinho, pois não haverá intenso debate e discussão. Ao imprimir um ritmo emergencial de votação, menospreza-se a participação da coletividade em um tema altamente impactante.

Cite-se que o projeto em discussão prevê a dispensa de licenciamento para atividades rurais, e condições especiais para empreendimentos considerados estratégicos para o país, como rodovias, áreas geralmente de elevada extensão.

A Ordem dos Advogados do Brasil está de acordo com a nova redação. Para a entidade, indiscutível que o Brasil precisa de uma Lei Geral de Licenciamento Ambiental para licenciar uma matéria de extrema importância, para todo o setor produtivo.

Inequívoco que a Lei Geral de Licenciamento Ambiental proposta pelo Congresso Nacional está causando sério debate entre ambientalistas e membros da bancada ruralista, calorosa discussão no Congresso Nacional, um importante estágio para se atentar para o que preconiza cada coligação, empreender decisiva cognição e estudos, entretanto, a sociedade brasileira precisa cada vez mais estar alerta e ciente que não é a questão, escolha entre a posição defendida por ambientalistas ou ruralistas, que deve ser o fator determinante, mas sim aquela que fará esta Nação alcançar o nítido desenvolvimento, com a inclusão de novos empreendimentos, mas ao mesmo tempo manter o equilíbrio da natureza, pois só assim os elementos que são essenciais a sobrevivência digna do ser humano, como ar e água, poderão ser seguramente usufruídos.

DO DEBATE PELA FRENTE PARLAMENTAR ÀS REPERCUSSÕES E POSSIVEIS SOLUÇÕES AO IMPASSE

Ao passo da criação e apresentação das propostas legislativas relativas a Lei Geral do Licenciamento Ambiental, que possui o fito especial de

padronizar as normas, ao Congresso, acalorado se tornou o cenário, repleto de interesses e desafios a serem enfrentados e discutidos, tendo em suas mãos, os parlamentares, o poder de gerar equilíbrio – meio ambiente e desenvolvimento econômico e sustentável – ou causar o extermínio do *habit* embasado nas condutas que agora se pretendem.

Anos e anos em discussão, mais de 16 anos, e ainda nada fora aprovado. Então, qual a posição a ser tomada? Quais as repercussões que isso vai gerar para a coletividade? Quais as possíveis soluções ao dilema?

Deve-se sopesar a decisão sob o foco do coletivo, e não dos interesses de cunho pessoal, sem embasamento legal ou de especialistas, que é o que vem sendo verificado quando das reuniões legislativas.

O Deputado RICARDO TRIPOLI, e Relator do Projeto (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2018), assevera, em seu voto, que isso aprimorará a fiscalização ambiental, deslocando o foco da atuação do poder público para os resultados ambientais, em detrimento dos aspectos meramente burocráticos, isto é, a legislação passará de mero arcabouço a fonte de atuação e forte e constante fiscalização. Apenas observa que o que merece atenção é a exigência, para as atividades e empreendimentos certificados, da apresentação de relatórios anuais integrados, contemplando os aspectos econômicos, sociais e ambientais. O dispositivo confere transparência ao processo e viabiliza o controle social, extremamente necessário para que se garanta a adequada gestão ambiental e a convivência harmônica do empreendimento com o meio ambiente e a sociedade.

O coordenador da Frente Ambientalista, Deputado Alessandro Molon, do PSB do Rio de Janeiro (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2018), em contrapartida, refere que o condão do projeto está em atrair novos empreendimentos, nem que para isso se abra mão de exigências de proteção e o meio ecológico. Frise-se que o cenário brasileiro é de crise ambiental, o que deve, por todas as vias, ser superado, desestimulando práticas demolitórias.

Essa frente ainda preconiza que a atração de novos empreendimentos influenciará na significativa baixa de proteção ao meio ambiente, fator que ocasionará mais crimes ambientais e cenário de insegurança jurídica.

Incontroverso que o atendimento à legislação do licenciamento beneficiará o próprio empreendedor, pois terá segurança de que poderá gerenciar o planejamento da sua empresa no atendimento às demandas de sua clientela, sem os possíveis problemas de paralisações, isso garante que

os prováveis impactos ambientais do empreendimento serão amenizados e compensados conforme determina a lei, além de que não se envolverá em crime ambiental, nem comprometerá a imagem da sua empresa junto aos clientes que valorizam a produção limpa e ambientalmente correta (MILARÉ, 2013).

De mais a mais a redação pretende dar aos Estados e Municípios poderio para decidir acerca da aprovação, ou não, do licenciamento, por um lado estimulante a rapidez da aprovação e garantia de real fiscalização, uma vez que os servidores poderiam se deslocar e averiguar a real situação, desprezando imagens desatualizadas de satélites e câmeras, mas por outro ainda vinculado ao poder discricionário dos agentes, fator que assombra os dependem disso para dar vida a sua atividade. A vinculação é a medida que se impõe, dado cenário político que se vive atualmente, aglomerado de propina e vantagens e ausência de honestidade por muitos dos que desempenham da função.

Deixa de se comentar acerca do reduzido número de profissionais que integram os órgãos municipais e que já não dão conta das suas competências, quiçá colocar em foco as atividades de aprovação e fiscalização pretendidas. Obvio que isso ficará em segundo plano, mantendo-se o desleixo por esse instrumento tão importante.

O Deputado Nilto Tatto, do PT de São Paulo (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2018), lamentou o projeto que trata da Lei Geral do Licenciamento Ambiental. Diz que querem fazer a lei em apenas um segundo, mesmo se tratando de tema complexo que exige um estudo de vários profissionais.

A flexibilização ou mesmo a inclusão desenfreada no rol de atividades que prescindem de licenciamento ambiental, sem o devido estudo, ensejará fatídicos episódios como que ocorreu na Barragem de Brumadinho, que, possivelmente, haverão ajuizamentos de demandas judiciais para fins de reparação de danos materiais e morais e, tão somente, o agravamento das circunstâncias e a insegurança.

As normas hão de ser rígidas, sob pena de banalização a questão da proteção e preservação ambiental, desenvolvimento sustentável e, consequentemente, segurança jurídica.

Porém o projeto deveria abordar questão de gestão ambiental, de políticas de riscos pós-licenciamentos, métodos eficazes de fiscalização nos

planos de impactos ambientais, incluindo penalidades ao descumprimento dessas condutas.

Ainda existem outras propostas em tramitação no congresso nacional: uma é proposta de emenda a constituição que substitui a necessidade de licenciamento ambiental por uma simples estudo de impacto para que uma obra comece; há outro que acaba com a necessidade de audiências públicas e estabelece prazo máximo de 8 meses para licenciamento de grandes obras estratégicas para o governo, como hidrelétrica e estradas

Em um momento de crise, como a que a Nação vem vivendo, não se pode dar o luxo de simplesmente banalizar e exterminar o meio ambiente para garantir que novos empreendimentos sejam instalados e que gerem aumento na economia.

Possível solução a ser levada a cunho é reforçar o número de funcionários nas repartições estaduais, gerando a devida capacitação, pois de nada adianta jogar uma atribuição em que os destinatários não sabem sequer do que se trata ou suas principais peculiaridades e mecanismos, para então só após possibilitar, com a proposta. a padronização de normas atinentes ao licenciamento, porém esta aliada a gestão ambiental e a política de riscos pós-licenciamento, tudo condicionado ao rigor do cumprimento, com penalidades em caso de descumprimento e banalização.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Aliado na importância de assegurar cada vez mais a proteção ao meio ambiente, mas ao mesmo tempo garantir o desenvolvimento sustentável, sem balizar, por exemplo, a instalação de novos empreendimentos, e, consequentemente, haver segurança jurídica, o presente estudo abordou questões atinentes a Lei Geral do Licenciamento Ambiental.

No primeiro momento abordou-se questões históricas, especialmente a transição da relevância da natureza de acordo com os episódios ocorridos na Nação Brasileira e no mundo, enfatizando circunstâncias vivenciadas pela coletividade e importância de cada vez mais incidir a proteção e preservação desse bem essencial a sobrevivência da população.

Com o passar dos anos, com a instalação de empreendimentos, e aumento da poluição e degradação do meio, tornou-se primordial o instrumento do licenciamento ambiental. Amparado nos Princípios da Precau-

ção e Prevenção, ele não diz respeito a um mecanismo sem lógica, mas sim em um assegurador da efetiva preservação.

Logicamente que com o passar do tempo, e a incidência de outras necessidades pela coletividade, e outra forma de pensamento, as normas esparsas que a definem precisam ser reelaboradas, não só para fins de padronização, mas para ir além, haver a inclusão da gestão ambiental e fiscalização de políticas de riscos pós-licenciamento de impactos, motivo pela qual houve a criação dos Projetos de Lei supramencionados.

Porém, infindáveis os debates que ainda pairam sobre essa ferramenta. Na medida em que se discute, cada qual se posiciona de acordo com o que preconiza, com seus interesses pessoais e familiares, sem ao menos cogitar em avaliação ou estudos dos impactos da posição a ser adotada, deixando a descoberta sua real missão, a garantia pela segurança jurídica nacional, atendendo aos preocupes dos cidadãos e dos entes federativos.

De mais a mais, atrelados, em tese, na crise que a Nação Brasileira vivencia, inclusive de valores morais, e de aquisições de favores mediante pagamento, o que se rechaça, muitos parlamentares buscam a imediata aprovação do projeto, sem alterações, simplesmente cogitando na instalação de empresas, brasileiras ou não, dos mais diversos segmentos, e lucros a que terão acesso. Uma vez havendo lei flexível, e incluindo certas atividades no rol daquelas que são isentas de licenciamento, mais fácil será a garantia de interesses, e maior a ocorrência de episódios, como o de Brumadinho e Mariana.

Verificou-se, no terceiro e derradeiro momento, porém não o menos importante, pelo contrário, o que mostra o cenário brasileiro como um todo, como em uma lupa, possíveis soluções a serem tomadas, enfatizando qual seria o melhor posicionamento a ser adotado pelo Congresso Nacional quando da votação e debates, rumo a efetiva proteção ambiental.

Inegavel que deverão haver mudanças nesse assunto, porém as mesmas não podem se dar em apenas um segundo, sem estudos aprofundados e coleta de visão de profissionais das mais diversas áreas, como arqueólogos, biólogos, engenheiros de diversas áreas, geógrafos, geólogos, sociólogos e profissionais de outros campos do conhecimento científico. A aprovação de leis não diz respeito de um jogo onde ganha o que prevalece o que tem maior poderio, poderio em número de votos ou influencias, mas sim a conduta eivada de responsabilidades

transferidas pela população e entes federativos, e por tal há de ser feita com cautela e análise.

Necessário ter em mente os impasses que o Brasil vivencia, como o de defasado número de profissionais atuantes em órgãos municipais e estaduais e, pior, sem total qualificação, não sabendo sequer qual sua função.

A norma há de garantir a qualidade dos licenciamentos, estando os dados obtidos disponibilizados e mantidos em meio digital pelo licenciador, zelando pela transparência e publicidade desde que não conflite com os sigilos preconizados em lei.

Indiscutível que se que o homem deve buscar manter as suas reservas naturais e ao mesmo tempo o desenvolvimento socioeconômico, mas também é certo que se as medidas e procedimentos propostos não forem honrados, as futuras gerações conhecerão espécies da fauna e flora somente por fotografias, de modo que todos são responsáveis pela manutenção do meio ambiental equilibrado.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Poder Executivo, Brasília, DF, 05 out. 1988.

_____, **Lei nº 6.938**, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismo de formulação e aplicação, e dá outras providências.

CÂMARA DOS DEPUTADOS, **Projeto de Lei n.º 9.746**, de 2018. Dispõe sobre a padronização e certificação de procedimentos de licenciamento ambiental.

_____, **Projeto de Lei n.º 3957**, de 2004. Dispõe sobre o licenciamento ambiental e dá outras providências.

CONAMA, **Resolução nº 001**, de 23 de janeiro de 1986. Estabelece as definições, responsabilidades, os critérios básicos e as diretrizes gerais para uso e implementação da Avaliação de Impacto Ambiental como um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente.

_____, **Resolução nº 237**, de 19 de dezembro de 1997. Revisa os procedimentos e critérios utilizados no licenciamento ambiental e estabelece critérios para o exercício da competência do licenciamento ambiental, e dá outras providências.

LEMOS, Patricia Faga Iglecias. **Responsabilidade Civil por Dano ao Meio Ambiente**, 1 Ed. Juarez de Oliveira, 2019.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 8ª ed. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 1. Ed. São Paulo: Atlas, 1998.

OLIVEIRA, Franciclei de Palhano de. **O Meio Ambiente e o Setor Industrial**. Desafio para o Desenvolvimento Sustentável 1.ed. São Paulo, 2015.

PINTO, Tales dos Santos. **Acidente de Chernobyl e a energia nuclear**. 2015. Disponível em: <http://mundoeducacao.bol.uol.com.br/historiageral/acidente-chernobyl.htm>.

SARLET, Ingo Wolgang, **Eficácia dos Direitos Fundamentais**, 2ed. São Paulo. 2003.

TEIXEIRA, Orci Pulino Bretanha. **O direito ao meio ambiente Ecologicamente Equilibrado como Direito Fundamental**, 1 Ed. São Paulo, 2019.

NOTAS SOBRE O DECRETO 9830/19 E SUA IMPLICAÇÃO NO MODELO DE PRECEDENTES – PRIMEIRAS IMPRESSÕES

Marcelo Pereira de Almeida
Letícia Pereira de Araujo
Mauro Bastos Alves Junior
Vera Regina Fróes Villela

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo foi realizado pelo Grupo de Pesquisa "MECANISMOS PROCESSUAIS DESTINADOS A PROPORCIONAR EFICIÊNCIA NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL EM CAUSAS SERIAIS – Os critérios de seleção das causas piloto e dos procedimentos modelo", ocorridas no Curso de Direito do Centro Universitário La Salle do Rio de Janeiro. O objetivo é observar a sua possível afetação no modelo de Precedentes Judiciais.

Em 10 de Junho de 2019 foi editado pelo atual Presidente da República, o Decreto de nº 9.830/19 regulamentando o disposto nos dez novos artigos inseridos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) através da Lei nº 13.655/2018. A LINDB (Decreto Lei nº 4657/42) é uma norma jurídica que visa regulamentar as demais normas, ou seja, é uma norma de caráter geral que versa sobre a criação, interpretação e aplicação do Direito Público, ou seja, compreende matérias de Direito Público, de Hermenêutica Jurídica e de Direito Internacional

Privado, aplicando-se às autoridades federais, estaduais, distritais e municipais de todos os Poderes e órgãos.

Ao acrescentar os artigos 20 a 24, 26 a 30 (o artigo 25 foi objeto de veto) na LINDB, os quais parte cuidou de questões ligadas à interpretação do sentido e do alcance das normas de Direito Público, e outra traçou diretrizes às autoridades administrativas. Deste modo, foram acrescidas práticas para a tomada de decisão assegurando que, o agente, ao decidir, terá de demonstrar a necessidade e a adequação quer da medida por ele imposta quer da invalidação do ato, contrato, ajuste, procedimento ou norma por ele editada, inclusive à vista das possíveis alternativas. Tais artigos foram objeto de severas críticas no mundo jurídico, por carregarem em seu bojo muitos termos jurídicos indeterminados, passíveis de serem interpretados das mais variadas formas, na medida em que são repletos de conceitos abstratos que foram pouco trabalhados pela doutrina, e que afetam não apenas a administração publica e seus órgãos de controle, mas também o Poder Judiciário.

E, justamente por isso o Decreto 9.830/19 revela-se essencial para a aplicação das inovações trazidas pela Lei nº 13.655/2018, balizando a amplitude do seu alcance. Diante disso, pretende-se debater as consequências de algumas das suas modificações ao criar critérios subjetivos que dificultam a responsabilidade de servidores ante o cometimento de erros administrativos e desvios. Neste sentido, questiona-se a existência de uma proteção a irregularidades, o que pode afetardiretamente o modelo de Precedentes.

2. A DIFICULDADE EM RESPONSABILIZAR OS AGENTES PÚBLICOS

A Lei nº 13.655, de 2018, poderia ser chamada de Lei da Segurança Hermenêutica na Administração Pública, pois o seu objetivo foi propiciar um ambiente de menor instabilidade interpretativa para os agentes públicos e para os atos administrativos. As mudanças introduzidas na LINDB podem ser agrupadas por temas tais como clareza normativa (arts. 29 e 30); responsabilização do agente público por infração hermenêutica (arts. 22 e 28); invalidade de ato administrativo (arts. 20, 21 e 23).

Considerando que o objetivo do presente estudo se limita à responsabilização dos agentes públicos, é mister nos atermos apenas aos artigos 22 e 28 da LINDB.

No caput do artigo 22 da LINDB, os elaboradores do texto normativo estabeleceram que na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. Em seu parágrafo primeiro é determinado que em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. Já o seu parágrafo segundo estabelece que na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente. Finalizando o art. 22, o terceiro parágrafo aponta que as sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato. Em suma, este artigo implanta o "primado da realidade", significando que na interpretação das normas sobre gestão pública deve ser observada com primazia a realidade. Para tanto o legislador determinou que, ao interpretar normas de gestão pública, os agentes da Administração, dos órgãos de controladoria e os magistrados deverão considerar os obstáculos e dificuldades reais do gestor, bem como as exigências de política pública que este tem de atender, tudo isso sopesando com o direito dos administrados. Revela-se aqui a intensão velada do legislador de mitigar a judicialização da política e da politização do Judiciário, intensificadas pela incapacidade do Legislativo e do Executivo de satisfazer as novas demandas sociais decorrentes do alargamento dos direitos previstos na Constituição de 1988. Este artigo pode criar uma brecha para que os gestores argumentem que não cumpriram adequadamente determinadas leis em razão da realidade específica de seu município. Aqui podemos vislumbrar a aplicação no campo da implementação das políticas públicas de saúde, muitas vezes negligenciada na elaboração do orçamento público ou na execução, que não se confundem com a impossibilidade de uma gestão responsável. Portanto, é importante que essa determinação normativa não seja utilizada como justificativa para que a realidade vença até mesmo

o direito, retomando o argumento da reserva do possível, ou seja, se as circunstâncias de cumprimento da lei forem muito gravosas, poderá ser questionado tal requisito, ou pior, negociar o seu cumprimento por um regime de transição.

No que se refere à regra do artigo 28 da LINDB, a qual determina que o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro; a sua simples analise revela a expressão da racionalidade estratégica do legislador, visando minimizar o ativismo judicial, ao tentar transformar o livre convencimento motivado do juiz (art. 371 do CPC) em abuso de autoridade.

Antes de adentrar a temática, é necessário trabalhar dois importantes conceitos a serem aprofundados a seguir: o de agente público e sua respectiva responsabilidade.

Nas lições do mestre José dos Santos Carvalho Filho.

> A expressão *agente público* tem sentido amplo. Significa o conjunto de pessoas que, a qualquer título, exercem uma função pública como prepostos do Estado. Essa função, é mister que se diga, pode ser remunerada ou gratuita, definitiva ou transitória, política ou jurídica. O que é certo é que, quando atuam no mundo jurídico, tais agentes estão de alguma forma vinculados ao Poder Público. (CARVALHO FILHO, 2016)

O que se pode empreender de tal conceituação é de que toda e qualquer pessoa que exercendo alguma atividade ligada a Administração Pública pode ser intitulada de agente, pois estes, no exercício de suas funções, manifestam a vontade da Administração Pública.

Analisando a alteração legislativa, Gustavo Binenbojm e André Cyrino, através de texto que discute o controvertido artigo 28 da LINDB, afirmam que, tendo em vista que o objetivo extraído desse artigo é a proteção daquele que lida com a coisa pública e sofre com os riscos dela advindos, que a definição de agente público alcança os servidores públicos estatutários em geral, os empregados públicos, contratados no regime da CLT, além de agentes políticose comissionados. Devem ser, ainda incluídos no rol de agente público qualquer pessoa que exerça função pública (mesmo que temporária), além daquele que gerencie recursos públicos

mediante delegação, ou em razão de algum tipo de subvenção, ou seja, o agente público deste dispositivo pode ser igualado ao agente da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92).

Por óbvio, quando estes, atuando no estrito cumprimento de seus deveres legalmente embutidos, produzem qualquer evento danoso a terceiros, surge para o lesado o direito potestativo de ver sua esfera jurídica reparada. Nesse sentido, destaca-se a ideia de Responsabilidade Civil do Estado, pois não se poderia deixar impune quando tais lesões ocorressem.

É possível, ainda, realizar uma distinção dessas responsabilidades no que toca a pessoa analisada.

> Entende-se que, a partir da Constituição de 46, ficou consagrada a teoria da responsabilidade objetiva do Estado; parte-se da ideia de que, se o dispositivo só exige culpa ou dolo para o direito de regresso contra funcionário, é porque não quis FAZER A MESMA EXIGÊNCIA PARA AS PESSOAS JURÍDICAS. (DI PIETRO, 2014)

Quando se trata da Responsabilidade dos Agentes Públicos, tem-se o entendimento de que, como já demonstrado, estes somente poderiam ser responsabilizados pelo respectivo Órgão vinculado, sendo necessária a demonstração da culpa *latu sensu* em sua conduta, para que a mesma possa utilizar-se do direito de regresso. A responsabilização do agente público, tal qual a responsabilidade estatal, encontra previsão no texto Constitucional conforme se extrai da parte final do art. 37, § 6º, *in verbis: assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa*. O direito de regresso estatal está pautado na comprovação de elementos subjetivos na conduta do agente público, o dolo ou a culpa, vinculando as partes à teoria da responsabilidade subjetiva.

A responsabilidade subjetiva está condicionada à comprovação de nexo psicológico entre a conduta e a vontade do agente. Para Flávio Tartuce quatro são os pressupostos do dever de indenizar, quais sejam, a conduta humana; culpa genérica ou lato sensu; nexo de causalidade e o dano. (TARTUCE, 2016)

Portanto é certo que o dispositivo do art. 28 limita a responsabilidade pessoal do agente público por suas decisões ou opiniões técnicas a casos

de dolo ou erro grosseiro. Erro grosseiro, neste caso, é sinônimo de culpa grave, vale dizer, inclui situações de negligência grave, imprudência grave ou imperícia grave.

Passadas tais perspectivas introdutórias, é necessário analisar como a edição do Decreto nº 9.830/19 procura mitigar ainda mais as possibilidades de imputabilidade administrativa extracontratual aos Agentes Públicos.

O regulamento supracitado cria uma espécie de mecanismo que protege irregularidades praticadas por agentes públicos, sendo portanto, a sua análise de grande importância.

Deste modo, passa-se a expor alguns pontos que trazem uma brecha para tais irregularidades encontradas no *Capítulo IV: da responsabilização do agente público*.

No *caput* do Artigo 12 observa-se que o agente público somente poderá ser responsabilizado quando as suas decisões forem cometidas com dolo, omissão e erro grosseiro. Entretanto, a definição de erro grosseiro disposta pelo §1º define que este é *aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia*. Assim, o citado artigo 12 foi mais enfático que o artigo 28 da LINDB pois tornou indispensável para a responsabilização do agente a comprovação do dolo ou do erro grosseiro, conforme verificamos no comando encartado em seu § 2º, in verbis: *Não será configurado dolo ou erro grosseiro do agente público se não restar comprovada, nos autos do processo de responsabilização, situação ou circunstância fática capaz de caracterizar o dolo ou o erro grosseiro.* Logo esse dispositivo abre espaço para condutas, no serviço público, que violam os princípios da moralidade e eficiência da administração pública.

Contudo, é importante destacar o posicionamento dos tribunais, em destaque o Tribunal de Contas da União, o qual dispõe que o erro grosseiro é identificado quando os agentes atuam com um nível de atenção abaixo do esperado e neste caso, estão sujeitos a responsabilização, senão vejamos:

> O erro grosseiro, por sua vez, é o que poderia ser percebido por pessoa com diligência abaixo do normal, ou seja, que seria evitado por pessoa com nível de atenção aquém do ordinário, considera-

> das as circunstâncias do negócio. (ZYMLER, Benjamin. Acórdão TCU 2391/2018)

Segundo entendimento do Tribunal de Contas da União, também é seara do erro grosseiro:

> Para fins de responsabilização perante o TCU, pode ser tipificada como erro grosseiro (art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) a realização de pagamento antecipado sem justificativa do interesse público na sua adoção e sem as devidas garantias que assegurem o pleno cumprimento do objeto pactuado. (ZYMLER, Benjamin. Acórdão TCU 185/2019)

> Para fins de responsabilização perante o TCU, pode ser tipificado como erro grosseiro o descumprimento de regra expressa em instrumento de convênio. Tal conduta revela nível de atenção aquém ao de uma pessoa com diligência abaixo do patamar médio, o que configura culpa grave, passível de multa.(ZYMLER, Benjamin. Acórdão TCU 2681/2019)

> Para fins de responsabilização perante o TCU, pode ser tipificada como erro grosseiro (art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) a autorização de pagamento sem a devida liquidação da despesa. (RÊGO, Vital do. Acórdão 2699/2019)

Portanto, a luz da redação do Decreto em questão, o termo "erro grosseiro" é amplo e com possibilidades interpretativas diversas das dispostas pela jurisprudência emanada pelo TCU. A exemplo dos autores Gustavo Binenbojm e André Cyrino que tecem duras críticas à figura do "administrador médio" utilizada pelo TCU como parâmetro para a responsabilização. Segundo eles, os órgãos de controle parecem crer no mundo *ex officio* da lei, insistindo na ideia de que basta ao administrador seguir os comandos normativos para que não venha a ser punido.

Prosseguindo na responsabilização do agente público, o art. 12, §3 aborda que mesmo caracterizado o nexo de causalidade entre o resultado danoso e a conduta do agente, isto por si só não é capaz de implicar

na responsabilização do agente público, mas somente a existência de erro grosseiro ou dolo.

Além disso, ao se analisar se o agente atuou com dolo ou cometeu um erro grosseiro, deve-se levar em consideração a complexidade da matéria e as atribuições exercidas pelo agente público, na dicção do § 4º do art.12.

Todavia, novamente se está contrariando o entendimento do Tribunal de Contas da União, vejamos:

> No âmbito dos processos nesta Corte de Contas, a responsabilidade dos administradores de recursos públicos, escorada no parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal, segue a regra geral da responsabilidade civil, ou seja, é de natureza subjetiva. São exigidos simultaneamente três pressupostos para a responsabilização, quais sejam: (i) o ato ilícito na gestão dos recursos públicos; (ii) a conduta dolosa ou culposa e; (iii) o nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente. (ZYMLER, Benjamin. Acórdão TCU 2420/2015)

Deste modo, nota-se que os pressupostos da conduta, do ato ilícito juntamente com o nexo de causalidade são capazes de responsabilizar o comportamento do agente, segundo o entendimento do TCU.

No mais, o montante de dano causado ao erário não é capaz de caracterizar erro grosseiro ou dolo, conforme o art. 12, §5, o que vai de encontro com a decisão do Plenário, em seu Acórdão 2391/18 do TCU, pois o mesmo proferiu que o dolo e erro grosseiro são pressupostos para responsabilizar os agentes públicos nas sanções, como por exemplo com multa, mas não para obrigá-los a ressarcir ao erário, o que basta apenas demonstrar o dano provocado.

Quanto aos pareceres emitidos, o §6º do art. 12 comanda que a responsabilidade do parecerista e do gestor que tomou a decisão com base no parecer devem ser analisadas de forma independente. Este parágrafo nos leva a depreender que o simples fato de ter ficado comprovado que o parecerista agiu com dolo ou erro grosseiro não levará, automaticamente, à responsabilização do decisor. Para que o decisor seja responsabilizado será necessário que fique demonstrado que eletinha condições de aferir que o parecerista agia com dolo ou erro grosseiro; ou estivesse em conluio

com o parecerista. Aqui temos caracterizada e responsabilidade pessoal e subjetiva.

A dicção do § 7º do art. 12 em comento assegura que o superior do agente que atuou com dolo ou erro grosseiro somente responderá se for comprovado que houve falha em seu dever de vigilância e que isso decorreu de dolo ou erro grosseiro. Como consequência, o último parágrafo (§ 8º) desse artigo que se ocupa em detalhar a responsabilização do agente público na hipótese de dolo ou erro grosseiro, afirma o dever de diligência e eficiência ao comandar que o disposto no artigo não exime o agente público de atuar de forma diligente e eficiente no cumprimento dos seus deveres constitucionais e legais.

3. AFETAÇÃO NOS MODELOS DE PRECEDENTES JUDICIAIS

Com o advento do novo Código de Processo Civil pela Lei 13.105/15, ocorreu uma maior visibilidade no reconhecimento das decisões judicias ao criar um sistema para a utilização dos precedentes judiciais, com amparo na segurança jurídica, isonomia e eficiência. O precedente é um critério objetivo e pré-determinado de uma decisão, com aplicação de uma mesma solução a casos idênticos, com o intuito de evitar sentenças conflitantes.

Neste sentido, pode-se ter uma eficácia persuasiva, ou seja, traz efeitos e vincula somente as partes daquele caso em concreto e ainda, há o precedente normativo, o qual corresponde aos entendimentos consolidados pelos julgados que devem ser observados de forma obrigatória por todas as instâncias, sejam por súmulas vinculantes ou julgados no controle concentrado de constitucionalidade.

Importante observar que o precedente é encontrado em uma decisão judicial como potencial em firmar um paradigma que sirva de orientação a magistrados, entretanto, nem toda decisão judicial proferida serve para ser um precedente.

Considerando que a definição de agente público alcança os servidores públicos estatutários em geral, portanto incluindo o magistrado, que passaria a responder pessoalmente por suas decisões não só em caso de dolo (hipótese já prevista no artigo 143, I, do CPC), mas também pelos ditames protetores do "erro grosseiro", conceituado pelo artigo 12 do Decreto 9.830/19.

Ressalvamos, que em relação aos juízes, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) tende a admitir a responsabilização de juízes por erro grosseiro, a exemplo do célebre caso de um juiz da Bahia que, interpretando a legislação e os princípios jurídicos, entendeu cabível flexibilizar algumas formalidades processuais e deferiu a adoção de crianças de modo mais expedito. O CNJ infligiu a pena de advertência ao magistrado. Em outro caso, o CNJ puniu juiz que, sem ter tido dolo comprovado, teria autorizado a expedição de alvará de levantamento de expressivos recursos financeiros com dispensa de formalidades legais. Nesse caso, o juiz foi punido por ter cometido erro grosseiro em interpretar a legislação e os princípios no sentido de dispensar algumas formalidades.

Baseados nos casos acima relatados, depreendemos que existe por parte do CNJ, uma tendência de admitir o erro grosseiro como justificativa para a responsabilização dos integrantes de carreiras jurídicas públicas, mas essa prática não possui fundamento legal e, de certa forma, ameaça a constitucional independência de que devem gozar quem exerce atividade de hermenêutica jurídica. Temos que apenas o dolo e a fraude poderiam ensejar a responsabilidade por infração hermenêutica para essas carreiras jurídicas públicas.

Noutro giro, a regulamentação da LINDB poderá legitimar o exercício do controle jurisdicional sobre o mérito do ato administrativo, atividade que o juiz desenvolverá de acordo com a norma (ao observar o dever de motivação acerca das consequências de sua decisão), mas, ao mesmo tempo, afastando-se da norma (ao dizer, por hipótese, que as consequências do ato administrativo recomendam solução diversa daquela encontrada pelo administrador).

Diante de tantos espectros possíveis, pretende-se observar quais efeitos, vinculantes ou normativos, o Decreto em comento poderá, eventualmente, produzir com a sua aplicação, cujo objetivo primeiro foi evitar o chamado "apagão decisório", que é a situação em que o agente público prefere nãodecidir, temendo enfrentar os riscos de erros involuntários.

4. CONCLUSÃO

Em um país que necessita buscar, diuturnamente, a credibilidade de suas instituições já demostra como a perspectiva supracitada é verosímil a

noção de que tais mitigações podem ser nefastas ao intuito de se dar maior efetividade a responsabilização a ser feita frente aos Agentes Públicos que cometem atos ensejadores de reparação, bem como enfraquecer o modelo de precedentes judiciais recém adotado em solo pátrio.

Logo, como toda legislação recém alçada ao mundo jurídico faz-se mister acompanhar os seus efeitos para além da *mens legislatoris*, a fim de que sob o signo da segurança jurídica não tenhamos efeitos indesejados na qualidade das decisões dos agentes públicos.

REFERÊNCIAS

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André.**OArt. 28 a cláusula geral do erro administrativo.** Revista Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro. Nov. 2018

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acessado em 24/06/2019.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acessado em 12/07/2019.

BRASIL. **Decreto de nº 9.830/19**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9830.htm.Acessado em 24/06/2019.

BRASIL. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del-4657compilado.htm. Acessado em 24/06/2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo / José dos Santos Carvalho filho** – 30 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo / Maria Sylvia Zanella Di Pietro** – 27 ed. – São Paulo: Atlas, 2014.

NUNES, Gustavo Henrique. **Precedentes judiciaos vinculantes no novo Código de Processo Civil**. Revista dos Tribunais. Vol. 970 (agosto 2016). Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.970.05.PDF. Acessado em 12/07/2019.

MELLO, Patrícia; BARROSO, Luís. **Trabalhando com uma nova lógica: a Ascensão dos Precedentes no Direito Brasileiro**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf. Acessado em 09/07/2019

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

TCU. **Acórdão 2420/2015**. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2420%2520ANOACORDAO%253A2015/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuid=0758b3b0-bac8-11e9-b7e1-b314b44ef5c2

TCU. **Acórdão 2391/2018**. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/TC%2520007.416%252F2013-0/%20/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/5/%20?uuid=0d595f-20-96a2-11e9-b106-9194a4dc1b3e. Acessado em 24/06/2019.

TCU. **Acórdão 185/2019**. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO:185%20ANOACORDAO:2019%20COLEGIADO:%22Plen%C3%A-1rio%22/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20. Acessado em 04/07/2019.

TCU. **Acórdão 2681/2019**. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2681%2520ANOACORDAO%253A2019/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/1/%20?uuid=0758b3b0-bac8-11e9-b7e1-b314b44ef5c2

TCU. **Acórdão 2699/2019**. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2699%2520ANOACORDAO%253A2019/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/1/%20?uuid=0758b3b0-bac8-11e9-b7e1-b314b44ef5c2

A ELABORAÇÃO DE OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL PELA ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS E A PROBLEMÁTICA DO GERENCIAMENTO DE RESÍDUOS EM NÍVEL INTERNACIONAL

Bruna Stank Erlo

INTRODUÇÃO

Nos últimos 50 anos o Meio Ambiente esteve na pauta das discussões internacionais. Durante muito tempo, a discussão esteve voltada a questões como aquecimento global e emissão de gases poluentes.

Nos últimos anos, a constatação da quantidade de resíduos plásticos no ambiente, notadamente nos oceanos, fez com que o debate voltasse ao tema.

No final do ano de 2015, com a chamada Agenda 2030, foram criados objetivos para o desenvolvimento sustentável, com a decorrente estipulação de metas para tanto. O documento prevê, especificamente, em seu objetivo 14, intitulado "Conservação e uso sustentável dos oceanos, dos mares e dos recursos marinhos para o desenvolvimento sustentável", a estipulação de metas, em que as duas primeiras são reduzir a poluição marinha e tomar medidas para a restauração da vida marinha.

No entanto, novamente o mundo silenciou acerca dos resíduos de forma geral.

Neste trabalho, o que se busca é identificar os principais instrumentos internacionais voltados à seara ambiental, constatando o principal objetivo de cada um deles, e apontar a problemática do gerenciamento de resíduos em âmbito global, propondo solução normativa para tanto.

1. DAS PREOCUPAÇÕES COM O MEIO AMBIENTE EM NÍVEL MUNDIAL

A partir da década de 1970 a preocupação ambiental, notadamente com a preservação dos recursos naturais, passou a ter uma posição de destaque a nível mundial.

Com especial ênfase às Conferências Internacionais e aos Protocolos, atribui-se principal relevância à Conferência de Estocolmo, denominada Convenção das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, na qual o meio ambiente vem traçado como essencial à vida humana. (UNITED NATIONS, 1972).

Posteriormente, tem-se a Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, denominada "Nosso Futuro Comum", a qual ocorreu entre os anos de 1983 e 1986, cujo relatório fora publicado em 1987 e apresentou pela primeira vez o conceito de desenvolvimento sustentável. O foco principal deste documento foi o aquecimento global e a destruição da camada de ozônio, destacando que "enquanto cientistas continuam pesquisando e debatendo causas e efeitos, em muitos casos nós já sabemos o suficiente para agir. […]. Os riscos crescem mais rápido do que nossa habilidade para gerencia-los" (tradução livre)[29]. (UNITED NATIONS, 1987, n.p).

Ao depois, destaca-se a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento: Cúpula da Terra, ocorrida em 1992, no Rio de Janeiro. Tal conferência, apelidada Rio-92, ou Eco-92, teve como objetivo estabelecer parcerias globais para criação de novos níveis de cooperação entre os Estados, visando a proteger a integridade do desenvolvimento sustentável. (UNITED NATIONS, 1992b). Ainda, ficou estipulada a realização de nova Conferência no período de 10 anos, para avaliação dos resultados e novas discussões.

29 No original: While scientists continue to research and debate causes and effects, in many cases we already know enough to warrant action. […]. The risks increase faster than do our abilities to manage them.

Em decorrência da Convenção sobre Mudança do Clima assinada na Conferência Rio- 92, algumas Conferências das Partes[30] - COP ocorreram para discutir a matéria. Nessa seara, merece destaque a COP 3, havida em 1997, da qual originou-se o Protocolo de Quioto, que é considerado um marco do ponto de vista ambiental, porquanto estabeleceu compromissos rígidos e efetivos voltados à redução de emissão de gases de efeito estufa.

Posteriormente, mas ainda vinculado à Conferência Rio-92, ocorreu em Joanesburgo, no ano de 2002, a Conferência Mundial sobre o Desenvolvimento Sustentável, denominada Rio+10, a qual buscou a avaliação das metas estipuladas na Rio-92, identificando as razões e dificuldades para não-cumprimento. Ademais, na referida Conferência ocorreu a elaboração de dois documentos importantes, quais sejam a Declaração Política, em que decidiu-se, notadamente, pelo impulso aos Estados e organizações intergovernamentais para a tomada de ações definidas no Plano de Implementação, bem assim pelo encorajamento à implementação de parcerias voluntárias para tais ações (UNITED NATIONS, 2002a); e o Plano de Implementação que, em linhas gerais, tratou acerca da erradicação da pobreza, mudanças nos padrões de consumo e produção "não-sustentáveis", proteção e gerenciamento dos recursos naturais, desenvolvimento sustentável em um mundo globalizado, e saúde e desenvolvimento sustentável (UNITED NATIONS, 2002b).

Após a ocorrência de outras Conferências das Partes, vinculadas à Convenção do Clima, sendo a última denominada COP 17 e ocorrida em 2011, fora realizada em 2015, na cidade do Rio de Janeiro, a Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável, difundida como Rio+20, na qual retornaram muitas das pautas estipuladas na Agenda 21, e, ao final, apresentou-se relatório denominado "O Futuro que queremos", bem como procedeu-se na criação da Agenda 2030, com a elaboração de objetivos do desenvolvimento sustentável (UNITED NATIONS, 2012).

Destarte, após a identificação dos principais instrumentos internacional de proteção ambiental, resta importante analisar especificamente a problemática dos resíduos como um modo geral, ressaltando o tratamento que estes receberam até o presente momento.

30 Conferências entre as partes ratificantes da Convenção do Clima.

2. DA PROBLEMÁTICA DOS RESÍDUOS

Analisando a íntegra dos documentos internacionais acima delineados, percebe-se que as discussões internacionais, ainda que voltadas à proteção ambiental de forma geral, não visaram a estabelecer diretrizes específicas para o gerenciamento dos resíduos, ainda que a matéria tenha sido amplamente discutida na Conferência Rio-92, com a elaboração da Agenda

21. Isto é, ainda que a questão referente aos resíduos tenha sido objeto de discussão em âmbito internacional, mormente nos Capítulos 20 e 21 da Agenda 21, medidas efetivas para gerenciar corretamente estes resíduos, bem assim para evitar sua produção e/ou consumo não foram tomadas (ONU, 1992a).

Nesse diapasão, constata-se que os debates globais mantiveram seu foco nas questões relacionadas à poluição e à mudança climática. Malgrado não seja tão recente a constatação de que o meio ambiente está em situação crítica, e que ações devem ser tomadasimediatamente, nenhum instrumento internacional tem se mostrado realmente efetivo para que se reverta tal situação.

A importância de se tratar a matéria referente aos resíduos é assinalada por Kalil e Efing, ao referirem que:

> Um dos problemas mais urgentes está relacionado ao fato de que, mesmo com todo o avanço tecnológico experimentado pela sociedade contemporânea, essa não conseguiu criar instrumentos de gerência e manejo suficientemente capazes de acompanhar a evolução.
>
> Pelo contrário, em muitos casos, a tecnologia tem sido amplamente desenvolvida e fomentada por agentes econômicos que possuem inquestionável interesse no acréscimo de consumo, contribuindo para práticas como a obsolescência planejada e percebida, reduzindo a vida útil dos produtos e aumentando a geração de resíduos.
>
> Logo, tanto a geração quanto a disposição inadequada de resíduos produzem efeitos ambientais e sociais adversos ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Isso coloca em evidência a necessidade de repensar e planejar a forma de des-

> tinação e disposição adequada dos resíduos, assim como a imprescindível revisão dos padrões de produção e consumo da atualidade. (KALIL; EFING, 2013).

Diante deste contexto, é possível delinear que à elaboração dos instrumentos internacionais referentes ao meio ambiente faltou uma visão macro, uma vez que estes quedaram-se muito voltados à questão da mudança climática, bem assim poluição do ar, olvidando-se dos resíduos sólidos e químicos responsáveis pela poluição e contaminação do solo e da água.

Reportando àquela velha máxima conceitual tratada nos cursos de Direito, de que o direito difuso é aquele que é de todos, mas de ninguém em específico, Marchesan, Steigleder e Cappelli trabalham os interesses difusos como aqueles que:

> Não tendo atingido o grau de agregação e organização necessária à sua afetação institucional junto a certas entidades ou órgãos representativos dos interesses já socialmente definidos, restam em estado fluido, dispersos pela sociedade civil como um todo (verbi gratia, o interesse à pureza do ar atmosférico), podendo, por vezes, concernir a certas coletividades de conteúdo numérico indefinido (verbi gratia., consumidores). Caracterizam-se: pela indeterminação dos sujeitos, pela indivisibilidade do objeto, por sua intensa litigiosidade interna e por sua tendência à transição ou mutação no tempo e no espaço. (MARCHESAN; STEIGLEDER; CAPPELLI, 2013, p. 45).

Inafastável a pluralidade de sujeitos em conjunto com a transição temporal e espacial. Na mesma senda é a conceituação de Luis Filipe Antunes, ao aduzir que:

> O interesse difuso estrutura-se como um interesse pertencente a todos e a cada um dos componentes da pluralidade indeterminada de que se trate. […]. O interesse difuso é o interesse que cada indivíduo possui pelo fato de pertencer à pluralidade de sujeitos a que se refere a norma em questão. […]. O conteúdo ou a consequência jurídica do interesse difuso é o reconhecimento de uma pluralidade de situações objetivas a sujeitos individuais ou a entes associati-

> vos. […]. Quer dizer, o interesse difuso supõe um plus de proteção ou uma proteção diversificada de um bem jurídico; pública, por um lado, e dos cidadãos por outro. Quando se diz que o Estado tutela o direito ao meio ambiente, nesta fórmula reconhece-se um interesse público, a faculdade de atuação do Estado, mas ao mesmo tempo um interesse jurídico, não meramente de fato, de todo o cidadão à proteção adequada do bem ambiental, segundo os ditames do ordenamento jurídico. Assim, podemos dizer que o interesse difuso é um interesse híbrido, que possui uma alma pública e um corpo privado, que transcende o direito subjetivo privado e se estende pelo público. É um interesse coletivo-público, um interesse pluriindividual de relevância pública, cuja forma mais natural de agregação é a forma associativa. (ANTUNES *apud* MARCHESAN, STEIGLEDER; CAPPELLI, 2013, p. 45-46).

No ano de 2015, com a redação da Agenda 2030 e o decorrente estabelecimento dos objetivos de desenvolvimento sustentável, com a elaboração de 169 metas para o alcance destes, observa-se a preocupação especial com a manutenção da vida marinha, proteção de ecossistemas e mudanças climáticas (ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, 2015).

Nessa senda, merece especial atenção a campanha realizada pela ONU Meio Ambiente no que tange à quantidade de resíduos plásticos no oceano. Para isso, fora utilizado o plástico coletado nas ruas de Bangkok, na Tailândia. Tal campanha é enfática ao mencionar que, conforme estudos científicos, até o ano de 2050 "haverá mais plástico do que peixes no oceano". (UN ENVIRONMENT, 2019a).

Ainda, com a preocupação especial à manutenção da vida marina, denominada Mares Limpos, a campanha da ONU Meio Ambiente lançada em 2017 agrega compromissos que visam a proteger mais de 60% dos litorais do mundo. Voltada à problemática dos resíduos plásticos, 75 países aderiram à campanha, recebendo destaque as ações tomadas pelos países Latino-americanos e do Caribe. As ações mais fortes na campanha caracterizam-se pela proibição do consumo de plásticos descartáveis. Tal campanha ganhou ainda mais força com a adesão da Índia em junho de 2018, que se comprometeu a eliminar todos os plásticos descartáveis até 2022. (ONU, 2019a).

Na mesma senda, destaca-se que entre 60% e 80% do lixo presente nos oceanos é resíduo plástico, os quais são responsáveis por afetar mais de 800 espécies marinhas, seja pela ingestão ou pela necessária mudança de hábitos. Ainda, há o alerta de que embora a quantidade de plástico varie entre as regiões do globo, todos os oceanos já apresentam concentração deste resíduo. (UNITED NATIONS ENVIRONMENT, 2019).

Embora o documento final da Agenda pós-2015 (Agenda 2030) traga em algumas metas a problemática geral dos resíduos[31] , nada prevê especificamente acerca do tema, mantendo esta a cargo da legislação interna de cada país signatário.

No período compreendido entre 11 e 13 de março de 2019, foi realizada a Quarta Assembleia da ONU para o Meio Ambiente, em Nairóbi, na qual Líderes Mundiais discutiram "padrões sustentáveis de produção e consumo", debatendo acerca de "pesquisas científicas sobre lixo marinho, economia circular e mudanças climáticas". (ONU, 2019b).

Durante a referida Assembleia, foi apresentado em 11 de março de 2019 o segundo Panorama Global de Substâncias Químicas, apresentando dados alarmantes, os quais apontam para o não cumprimento da meta acordada "de minimizar os impactos adversos de substâncias químicas e resíduos ", bem assim relata que "atual capacidade de produção de químicos, de 2,3 bilhões de toneladas, deve dobrar até 2030." (ONU, 2019c).

Nessa senda, observa-se que a estipulação de metas internacionais não é o bastante para resolver o problema global do descarte indevido de resíduos, uma vez que o não cumprimento das referidas metas não implica, necessariamente, sanções diretas ao Estado.

Ainda, fora lançado em 13 de março de 2019 o sexto Panorama Ambiental Global, cujos resultados apontam que os objetivos de desenvolvimento sustentável não estão em vias de serem cumpridos até o ano de 2030, como previu a Agenda, tampouco até o ano de 2050. Nessa sen-

31 **Meta 3.9** - Até 2030, reduzir substancialmente o número de mortes e doenças por produtos químicos perigosos, contaminação e poluição do ar e água do solo;
Meta 12.a - Apoiar países em desenvolvimento a fortalecer suas capacidades científicas e tecnológicas para mudar para padrões mais sustentáveis de produção e consumo;
Meta 14.1 - Até 2025, prevenir e reduzir significativamente a poluição marinha de todos os tipos, especialmente a advinda de atividades terrestres, incluindo detritos marinhos e a poluição por nutrientes.

da, fora ventilada a problemática referente aos resíduos, sendo requerida ação para "conter o fluxo de 8 milhões de toneladas de poluição plástica que vão parar nos oceanos a cada ano", reconhecendo a inexistência de qualquer acordo global neste sentido. (ONU, 2019d.).

O material de publicidade lançado pelo último Panorama Ambiental Global[32] faz menção específica à problemática dos resíduos, expondo, dentre diversos alertas ambientais, a necessidade de investimento em "inovações verdes e reciclagem", bem como à necessidade de redução na produção de lixo. (UN ENVIRONMENT, 2019b).

Diante dos dados mais recentes, cujas referências foram feitas neste trabalho, verifica- se a importância e a urgência de medidas globais, no sentido da elaboração de um Tratado[33] que vise especificamente a gestão dos resíduos, de qualquer natureza, estabelecendo diretrizes mínimas a serem cumpridas, a fim de que os Estados não sejam os únicos responsáveis pelas normativas referentes aos resíduos.

3. ALGUMAS AÇÕES VOLTADAS À GESTÃO DOS RESÍDUOS

Não se pode dizer que inexistem ações voltadas a um melhor gerenciamento dos resíduos produzidos. Em verdade, especialmente no que tange ao resíduo plástico, ações individuais e governamentais vêm sobrevindo em diversos países do globo com o passar dos anos.

A proposta conscientização ambiental internacional hoje está mais concentrada na redução do consumo de plástico, mas nada se propõe acerca do que fazer com o plástico que já se encontra no meio ambiente. Outrossim, as diversas campanhas realizadas pela ONU Meio Ambiente são de extrema importância à meta de recuperação ambiental global, no entanto, como já foi reiteradamente mencionado neste trabalho, tratam-se apenas de metas, sem qualquer caráter sancionatório aos Estados.

32 GEO-6 na sigla em inglês "Global Environment Outlook".

33 A terminologia "Tratado" foi aqui utilizada no sentido *lato sensu*, podendo ser interpretada como qualquer instrumento normativo de caráter internacional que, após ratificado pelos Estados signatários, estabeleça sanções, diretas ou indiretas, ao Estado violante.

Nesse diapasão, uma vez que faltam ações voltadas ao gerenciamento do plástico já consumido, as ações tomadas para este fim chamam a atenção e merecem destaque.

Como exemplo governamental, é possível citar o caso da cidade de Durban, na África do Sul, a qual visa a ser a melhor cidade para se viver na África até o ano de 2030. Para tanto, verifica-se a preocupação com as questões ambientais, notadamente com o gerenciamento de resíduos. Atualmente, do aterro sanitário municipal é feita a coleta de gás metano, que serve para gerar a quantidade de 12MWh de energia elétrica. Por meio desta medida, estima-se que já fora evitada a emissão de 2,5 milhões de toneladas de CO_2. Conforme dados do programa, o gerenciamento do lixo de forma correta reduz a queima do lixo, evitando a emissão do "carbono negro" e outros poluentes tóxicos. (UN ENVIRONMENT, 2018.).

Como ações individuais, evidencia-se o primeiro barco feito a partir de plástico reciclado, no qual foram utilizadas 10 toneladas de material plástico retirado das praias no Quênia (UN ENVIRONMENT, 2019c). Outrossim, destaca-se também o caso de Achmad Solikhin, um pesquisador indonésio que desenvolveu uma fábrica de capacetes construídos a partir de plástico reciclado, fundamentando na necessidade de ensinar as pessoas a conviverem e protegerem os ecossistemas (UN ENVIRONMENT, 2019d). Destaca-se que em ambos os casos, divulgados pela ONU Meio Ambiente, a poluição plástica é tratada como um grande problema ambiental global.

CONCLUSÃO

Diante de toda a problemática apresentada, bem assim da análise dos instrumentos produzidos internacionalmente, verifica-se que houve um demasiado lapso temporal na análise questão ambiental como um todo. A reiterada estipulação de focos muito específicos deixou com que o todo ficasse, de certa forma, aguardando por posteriores ações.

Centrando, por muitos anos, a discussão em questões particulares como mudança climática, emissão de gases poluentes, geração de energia sustentável, fauna, flora e manutenção de ecossistemas, acarretou na constatação tardia do volume de resíduos sólidos e químicos no meio ambiente, causando a poluição e a contaminação do solo e da água.

Ainda assim, a elaboração de objetivos e metas para o desenvolvimento sustentável não tem apresentado-se como suficiente à solução do problema. Conforme dado exposto neste trabalho, tais objetivos não estão em vias de cumprimento seja até 2030, seja até 2050.

Desta forma, permanece o questionamento acerca da efetividade das normas internacionais as quais não preveem nenhum tipo de sanção aos Estados que não as cumprirem, uma vez que de nada serve a elaboração de acordos internacionais voltados à proteção de um interesse difuso, qual seja o meio ambiente, se os países signatários não estão verdadeiramente dispostos a empenhar-se pelo acordado.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Luís Filipe Colaço. A tutela dos interesses difusos em direito administrativo – para uma legitimação processual. Coimbra: Livraria Almedina, pp. 22-23, apud MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPPELLI, Sílvia. Direito Ambiental. 7. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. Out. 2015. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/10/agenda2030-pt-br.pdf>. Acesso em 13 mar. 2019.

KALIL, Ana Paula Maciel Costa; EFING, Antônio Carlos. Política Nacional de Resíduos Sólidos: por uma nova racionalidade no consumo. Revista Direito Ambiental e Sociedade, v. 3, n. 2, p. 31-52. Disponível em: <www.ucs.br/etc/revistas/index.php/direitoambiental/article/download/3631/2264>. Acesso em 21 mar. 2019.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPPELLI, Sílvia.

Direito Ambiental. 7. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. 414 p.

ONU. Campanha Mares Limpos celebra dois anos de atividades contra o lixo plástico. 26 fev. 2019. atual. em 01 mar. 2019a. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/campanha-mares- limpos-celebra-dois-anos-de-atividades-contra-o-lixo-plastico/>. Acesso em 24 mar. 2019.

ONU. Líderes mundiais se reúnem em Nairóbi para principal cúpula ambiental da ONU. 12 mar. 2019, atual. 15 mar. 2019b. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/lideres-mundiais- se-reunem-em-principal-organismo-ambiental-da-onu-para-defender-economias- sustentaveis/>. Acesso em 17 mar. 2019.

ONU. Relatório da ONU pede ação urgente para enfrentar poluição por substâncias químicas. 11 mar. 2019, atual. 14 mar. 2019c. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/relatorio-da- onu-pede-acao-urgente-para-enfrentar-poluicao-por-substancias-quimicas/>. Acesso em 18 mar. 2019.)

ONU. Danos ao planeta serão desastrosos para saúde humana se ações não forem tomadas, diz relatório. 13 mar. 2019d. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/saude-humana-ficara- em-apuros-se-acoes-urgentes-nao-forem-tomadas-para-proteger-meio-ambiente--alerta- relatorio-global-da-onu/>. Acesso em 18 mar. 2019.

UNITED NATIONS. Report of the United Nations Conference on the Human Environment. Estocolmo, 5-16 jun. 1972. Disponível em: <http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/CONF.48/14/REV.1>. Acesso em 12 mar. 2019.

UNITED NATIONS. Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future. Oslo, 1987. Disponível em: <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/5987our-common-future.pdf>. Acesso em 13 mar. 2019.

UNITED NATIONS. Agenda 21. Rio de Janeiro, 1992a. Disponível em: <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/Agenda21.pdf>. Acesso em 14 mar. 2019.

UNITED NATIONS. Report of the United Nations Conference on Environment and Development. Rio de Janeiro, 1992b. Disponível em: <http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/CONF.151/26/Rev.1%20(Vol.%20I) &Lang=E>. Acesso em 13 mar. 2019.

UNITED NATIONS. General Assembly. World Summit on Sustainable Development. Joanesburgo, 10 dez. 2002a. Disponível em: <http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/C.2/57/L.83&Lang=E>. Acesso em 18 mar. 2019.

UNITED NATIONS. Draft plan of implementation of the World Summit on Sustainable Development. Joanesburgo, 26 jun. 2002b. Disponível em: <http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/CONF.199/L.1&Lang=E>. Acesso em 18 mar. 2019.

UNITED NATIONS. Report of the United Nations Conference on Sustainable Development. Rio de Janeiro. 20-22 jun. 2012. Disponível em: <http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/CONF.216/16&Lang=E>. Acesso em: 18 mar. 2019.

UNITED NATIONS ENVIRONMENT. Research highlights true impacts of plastics on our planet, ecosystems, people. 12 mar. 2019. Disponível em: <https://www.unenvironment.org/news-and-stories/press-release/research-highlights-true- impacts-plastics-our-planet--ecosystems>. Acesso em 24 mar. 2019.

UN ENVIRONMENT. Trash to Treasure: Durban, South Africa. 15 nov. 2018. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?-v=x8yA6uL5E10>. Acesso em 19 mar. 2019.

UNENVIRONMENT. Plastic Ocean. 27 out. 2019a. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=tNCnCEIfnkA>. Acesso em 19 mar. 2019.

UN ENVIRONMENT. Planet in Focus - Global Environment Outlook. 13 mar. 2019b. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?-v=3dyhAcGyd20>. Acesso em 19 mar. 2019.

UN ENVIRONMENT. Setting Sail - Recycled plastic boat launched. 24 jan. 2019c. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?-v=MKp45jLkEgg>. Acesso em 19 mar. 2019.

UN ENVIRONMENT. Indonesian Researcher puts plastic waste back into the economy. 13 mar. 2019d. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=QY-iX8u5dmM>. Acesso em 19 mar. 2019.

REFLEXÕES SOBRE A EFICIÊNCIA DA IN RFB 1877/2019 NA PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE RURAL: UMA REALIDADE EQUIDISTANTE?

Marcelo Nogueira Mallen da Silva

Introdução

Há muito se sabe que a publicação da Instrução Normativa (IN) nº 1877, de 14 de março de 2019, dispõe a respeito da prestação de informações sobre Valor da Terra Nua (VTN) à Secretaria da Receita Federal do Brasil – RFB, sendo resultado dos árduos esforços da Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil - CNA desde meados do ano de 2018, para defender os produtores rurais e corrigir cobranças no valor do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural (ITR), excluindo da regra-matriz dessa espécie de tributo as benfeitorias.

Consequentemente, o texto da Instrução Normativa que disciplinava inicialmente a matéria (IN RFB nº 1562/2015), sofreu alterações com o intuito de 'deixar mais claro o conceito de VTN', sem margem a possíveis e múltiplas interpretações no levantamento técnico sobre o VTN. Quanto à sua aplicabilidade, essa medida se justificou por si só, afinal, é indubitável o potencial agrícola brasileiro, que, segundo números em perspectivas do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento – MAPA, "é um sucesso econômico" (FIEL, 2018, p. 221).

Da mesma forma, a sobrecarga de responsabilidades incutidas aos produtores rurais mereceria novas ponderações capazes de instituir pro-

porcionalidades mais adequadas à realidade. Com a publicação da IN RFB nº 1877/2019, o conceito de VTN ficou estabelecido já no § 1º do art. 1º como o preço de mercado do imóvel, entendido como valor do solo com sua superfície a respectiva mata, floresta e pastagem nativa ou qualquer outra forma de vegetação natural, excluídos os valores de mercado relativos a construções de instalações e benfeitorias, culturas permanentes e temporárias, pastagens cultivadas ou melhoradas e florestas plantadas, observadas a aptidão agrícola, localização e dimensão do imóvel.

Obedecendo esse raciocínio, então, a prestação de informações sobre VTN à RFB prima pelo arbitramento da base de cálculo do ITR, cuja apuração acompanhará critérios pautados em coleta e análise por um profissional devidamente inscrito no Registro Nacional Profissional (RNP), entre outros cadastros oficiais (leia-se, Confea e CREA; art. 5º c/c art. 7º, inc. I) —suprindo uma outra falha na Instrução anterior, onde não havia exigência de designação de pessoal habilitado.

Feitas as considerações preliminares, passa-se a complexidade de análise e aplicação do ordenamento jurídico tributário, além de seus efeitos na rotina dos produtores rurais legalmente proprietários de terras dedicadas à cultura agro.

1. Agribusiness, o lucrativo e complexo sistema do agronegócio

Inserido no âmbito de maior importância da economia nacional em face de suas caraterísticas e diversidades, tanto de clima quanto de solo, com áreas agricultáveis e altamente férteis (BACHA, 2004), foi capaz de provocar o grande aumento da concorrência inclusive em nível internacional (CALLADO; CALLADO; ALMEIDA, 2008); o agronegócio tem-se constituído no principal esteio da economia (CREPALDI, 2011), com impacto na construção e ampliação de sistemas logísticos, tais como: ferrovias, rodovias, hidrovias, portos (FREDERICO, 2013) — originário de uma evolução natural, representada por um aperfeiçoamento das operações na produção rural e atuais necessidades para suprir as constantes transformações no setor (DIEL *et al.*, 2014; CARVALHO; LIMA; THOMÉ, 2015).

Também é chamado pela união de diferentes contornos em substituição ao termo "negócio" por outros que permeiam o cotidiano das pessoas como forma de demonstrar quanto o agronegócio está presente em suas vidas, agora, igualmente definido por AgroTrabalho, AgroSaúde, AgroVida, AgroEnergia e AgroFuturo (MENDES, 2015).

Sobre a relevância do agronegócio, Lima *et al.* (2017, p. 4):

> O agronegócio é uma das riquezas das mais importantes fontes geradoras de riqueza do Brasil. Os autores salientam que a importância do agronegócio brasileiro coloca o país entre as nações mais competitivas do mundo na produção de commodities agroindustriais, com enorme potencial de expansão horizontal e vertical da oferta. É o resultado de uma combinação de fatores, entre eles, principalmente investimentos em tecnologia e pesquisa, que levaram ao aumento exponencial da produtividade.

De fato, como já foi dito anteriormente, o setor de agronegócio no Brasil é uma das maiores fontes de geração de riqueza do país e contribuiu com 21% do Produto Interno Bruto (PIB) do país no só ano de 2017, foi responsável por metade das exportações que representaram 48% da totalidade de exportações, tendo papel significativo no saldo positivo da balança comercial brasileira, de acordo com o Centro de Estudos Avançados em Economia Aplicada – CEPEA (2017).

Para o ano de 2019, as expectativas são mais animadoras do que a inicial retração e posterior estabilização de 2018, conforme análise dos mercados e preços agro desenvolvida pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA (2019).

Com efeito, seu desenvolvimento decorre das condições favoráveis como disponibilidade de terras agricultáveis, o clima bem definido, abundancia de água, somada às tecnologias utilizadas no campo e respondeu por quase R$ 100 bilhões em volume de exportações, cf. dados históricos do MAPA; aliada a melhor interpretação de benfeitorias em terras nuas e a correspondente carga tributária para justaposição de interesses e promoção de condições apropriadas na agenda de políticas públicas e bem-estar social.

2. A propriedade e a função social do imóvel rural

Em um primeiro momento, tem-se que propriedade é uma noção de poder exercido sobre um objeto, que apresenta requisitos representativos dos contornos de sua fruição. Esses requisitos também são chamados de atributos ou faculdades e materializam-se pelas condutas de usar, gozar e dispor da coisa. Tais requisitos são elucidados de forma consolidada nas palavras de Monteiro (2003, p. 83), como:

> O direito de usar compreende exigir da coisa todos os serviços que ela pode prestar, sem alterar-lhe a substância. O direito de gozar consiste em fazer frutificar a coisas e auferir-lhe os produtos. O direito de dispor, o mais importante dos três, consiste no poder de consumir a coisa [...]

Daí porque a Constituição Federal (CF) erigiu como direito fundamental a garantia do direito de propriedade (art. 5º, inc. XXII), seguida pela determinação de que a propriedade deve cumprir sua função social (art. 5º, inc. XXIII), transformando o elemento função social em elemento que seja inerente ao exercício da propriedade. Nesse diapasão, o texto constitucional consagra expressamente esse elemento da propriedade rural dispondo sobre: a) aproveitamento racional e adequado; b) utilização adequada dos recursos naturais disponíveis, entre outros (art. 186).

Na sequência, estipulam-se normas a serem seguidas, de maneira a se garantir o respeito à legalidade, bem como a ausência de convivência com qualquer infração por parte da sociedade, com maior predominância àqueles proprietários rurais que deixam de aproveitar da Terra Nua ou não destinam uma função. Quando se pensa na Terra Nua em sentido amplo, muitas vezes algumas características são descuidadas.

Destaque-se, ao propósito, o universo das benfeitorias que podem ser interpretadas como intrínsecas à Terra Nua e tratadas com similitudes a ponto de gerar dúvida aos escritórios fazendários se compõem (ou não) o imóvel rural como um todo.

Aqui, cabe observar o art. 30 do Código Tributário nacional (CTN), segundo o qual "a base de cálculo do imposto é o valor fundiário" que,

seguindo as lições de Machado (2015, p. 352), é: "o valor da terra nua, isto é, sem qualquer benfeitoria".

Em relação a essa distinção, para efeito de ITR, o VTN é o valor do imóvel, excluídas: a) as construções, instalações e benfeitorias; b) culturas permanentes e temporárias; c) pastagens cultivadas ou melhoradas; d) florestas plantadas, na dicção do art. 10 da Lei nº 9.393/1996.

Assim, desde pronto que não está em discussão neste capítulo hipóteses de enquadramento da imunidade (art. 2ª, da supracitada Lei) sobre pequenas glebas rurais, ou ainda enfoque da vedação do tributo com efeito de confisco (art. 150, IV, CF), salvo nos casos especiais da "perda pelo proprietário da faculdade de dispor da coisa, em decorrência de contrato ou imposição legal" (PEREIRA, 2005, p. 93); mas tão especificamente quanto ao uso da propriedade rural e alíquota do imposto obedecendo a limites que propiciem uma exploração da terra produtiva, sem tamanho sacrifício que iniba as atividades do campo; mantida a lógica da incidência tributária (ou regra-matriz).

3. Capacidade Contributiva: ocorrência, preocupações e vantagens tributárias

O princípio da capacidade contributiva tem referência expressa no art. 145, § 1º, com o seguinte texto: "[s]empre que possível os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte [...]". Em que pese o conceito perpasse uma série de traduções, vale trazer a lume definição proposta por Moschetti (1980, p.279), de que:

> [...] a capacidade contributiva econômica é apenas uma condição necessária para a existência da capacidade contributiva, posto que esta é a capacidade econômica qualificada por um dever orientado e caracterizado por um prevalente interesse coletivo, não podendo considerar a riqueza do indivíduo separadamente das exigências coletivas.

A partir dessa premissa, complementa Conti (1996, p. 28):

> O princípio da capacidade contributiva estabelece como critério de justiça a ponderação segundo a capacidade econômica do

> contribuinte. Dessa forma, o princípio da igualdade é aplicável ao Direito Tributário mediante a utilização de um critério de discriminação já definido, qual seja, a capacidade contributiva.

Com base na possibilidade indicada acima, Sarlet (1998, p. 103) fundamenta seu posicionamento acerca dos parâmetros da dignidade humana, justiça fiscal e ponderações a serem instrumentalizadas no que comporte a realidade de cada contribuinte:

> [...] a constatação de que uma Constituição que – de forma direta ou indireta – consagra a idéia da dignidade da pessoa humana justamente parte do pressuposto de que o home, em virtude tão-somente de usa condição biológica e independentemente de qualquer outra circunstância, é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados pelos seus semelhantes e pelo Estado.

Tomando um exemplo do potencial econômico face ao critério material na norma tributária que prevê a conduta de "entregar" (critério material qualitativo) "determinada quantia" (critério material quantitativo), aventada na doutrina de Queiroz (2002, p. 174-175); em relação a essa última parte do critério material e que toca a presente investigação de moldagem nos valores exigíveis a título de ITR sobre Terra Nua, com a realidade experimentada dos proprietários rurais, convém destacar as interessantes considerações ao critério material quantitativo na norma tributária, por força da própria estruturação da regra-matriz de incidência tributária, lembrada nos ensinamentos de Barros (2007, p. 338):

> O centro de convergência do direito subjetivo, de que é titular o sujeito ativo, e do dever jurídico cometido ao sujeito passivo, é um valor patrimonial, expresso em dinheiro, no caso das obrigações tributária [...]
>
> Pois bem. O grupo de notícias informativas que o intérprete obtém da leitura dos textos legais, e que lhe faz possível precisar, com segurança, a exata quantia devida a título de tributo, é aquilo que chamamos de critério quantitativo do conseqüente das normas tributárias. Há de vir sempre explícito pela conjugação de duas entidades: base de cálculo **e alíquota** [...]. (Grifado)

Por tudo isso, assinala Costa (2012, p. 112):

> [...] a aptidão da pessoa colocada na posição de destinatário legal tributário para suportar a carga tributária, numa obrigação cujo objeto é o pagamento do imposto, sem o perecimento da riqueza lastreadora da tributação.

De outro lado, acrescenta Tipke (2012, p. 53): "os tributos devem ser medidos e utilizados de modo a aumentar o bem-estar social e não diminuir"; aludida reflexão encontra-se em sintonia nas palavras de Kirchhof (2016, p. 34):

> "[a]ntes deve o legislador tributário encarar as diferenças de renda e de patrimônio como resultado do exercício individual da liberdade **e ajustar a imposição sobre eles** de acordo com estas diferenças". (Grifado)

Esses pontos são, portanto, fundamentais pois a capacidade contributiva visa proteger o direito à propriedade e por que não dizer suas benfeitorias nela englobadas, a título de garantia ao indivíduo de que tudo que foi conquistado com esforço próprio dele, merece o devido reconhecimento e ponderação na cobrança proporcional dos tributos.

4. A IN nº 1877/2019 e sua adequação no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Os mecanismos de aplicação da legislação tributária, como assentado por Junior (2008, p. 32): "contêm *nuances* que a diferenciam da forma usual pela qual a incidência das normas de outros campos do direito gera direitos e obrigações". No tocante ao que a lei dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, de nº 8.629/1993, em seu art. 4º, inc. I:

> Art. 4º. Para os efeitos desta lei, conceituam-se:
>
> I - **Imóvel Rural** – o prédio rústico d**e área contínua, qualquer que seja a sua localização, que se destine ou possa se desti-**

> **nar à exploração agrícola**, pecuária, extrativa vegetal, florestal ou agro-industrial" (Grifado).

Para tanto, a partir dessa constatação vale lembrar os eventos oriundos do conceito de lançamento previsto no CTN: verificação do fato gerador da obrigação, identificação do sujeito passivo, determinação da matéria tributável e cálculo do montante devido (art. 142). No direito positivo pátrio há referência direta ao papel normativo e regulador do Estado para exercer sua função de "fiscalização, incentivo e planejamento" (art. 174, CF).

Não por acaso, como aduz Menezes de Almeida (2005, p. 3), "a simples coexistência dos atributos (normativo e regulador) não impede possa incluir outro sentido de normativo: infralegal e, eventualmente, infrarregulamentar". Essa linha de pensamento procura enfoque de que a norma tende a dirimir impasses de um passado recente e distorções que se prolongariam no tempo.

Além disso, tal abordagem não está inserida numa renúncia fiscal *quamdiu bene se gesserit* (enquanto se comportar bem), mas sim em outra modelagem qualificada a conectar o poder-dever do gestor público aos anseios de um determinado grupo que largamente promove o desenvolvimento do país, a ascensão econômica e desbanca desafios (burocracias) do agronegócio.

Cabe um esclarecimento a respeito dos requisitos de validade do ato. Os cinco elementos essenciais ou requisitos para formação e validação (ou contemplação) do ato administrativo encontram-se bem delineados, quais sejam: competência, finalidade, forma, motivo e objeto.

Ou seja, a Constituição Federal em uma única direção procurou elencar em seu art. 37, os princípios da Administração Pública, com os quais devem reger todo e qualquer ato público administrativo válido. Dentre suas características convém destacar o princípio da legalidade que tem por objetivo resguardar aos administrados o exercício da democracia e da liberdade calcada no art. 5º.

Aceitando-se como consequência natural ao princípio da legalidade, o princípio da motivação requer dos atos do administrador público estejam sempre embasados em lei para que haja validade. Tanto assim, que para a Administração Federal, tendo como referência a RFB, os casos de exigência estão na Lei nº 9.784/1999:

> Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: I – neguem, limitem **ou afetem direitos ou interesses**; II – **imponham** ou agravem **deveres**, encargos ou sanções; (Grifado).

Isto é, ao impor unilateralmente obrigações aos administrados por meio de atos infralegais (Instruções Normativas, Portarias, Resoluções), a Administração deverá fazê-lo considerando os limites estabelecidos pela lei a qual pretende dar execução (GASPARINI, 2007; MEIRELLES, 2013).

Ocorre que no caso concreto o fato gerador responsável pela incidência do ITR, entre outras obrigações acessórias e/ou completivas, dependerá de comprovado justo título para o fim de recair tamanha obrigação consubstanciada no CTN, excetuadas as hipóteses de esbulho possessório sem demonstrada intenção dos invasores em permanecer na terra, segundo anotações encampadas na doutrina civilista (COMPARATO, 2000).

Ao lado da leitura de seu inteiro teor depreende-se que a IN editada em 2019 não retira seu fundamento de validade somente da CF (art. 186), mas em diversos instrumentos — exemplificados alguns nos art. 14 da Lei nº 9.393/1996, art. 16 da Lei nº 9.779/1999.

Em seguida, a alteração normativa decorre do impacto de efeitos benéficos/positivos, implicando na implementação de especificidades, tais como: (*i*) exclusão das benfeitorias do cálculo de VTN; (*ii*) informações apuradas mediante corpo técnico; (*iii*) valor médio do VTN deverá ser maior para a terra categorizada 'lavoura – aptidão boa *versus* lavoura – aptidão regular', citando parte da correspondente IN, abrangida tão somente àquelas pessoas subordinadas a essas condições e "deriva do princípio da capacidade contributiva", a título de conceito de direito tributário justo associado ao direito de propriedade, ensina Carraza (2010, p. 107-108).

Portanto, observa-se que a RFB acertou ao exigir a prestação de informações que influenciarão sobremaneira na redução ou aumento da arrecadação ao erário, de modo a garantir transparência nos indicadores de distribuição de riquezas como justificativa lógica e econômica, com vistas a equalizar excessos e falta de oportunidades para a sociedade (COSTA, 2017), à luz dos fatos examinados e da verdadeira natureza jurídica daquela norma, cuja essência revela certa atenção sobre a importância das

habilidades de compreensão e tradução das normas jurídicas em ações de política pública (BUCCI, 2011).

Conclusão

Percebe-se na análise que a presunção de validade da IN RFB nº 1877/2019, sob a ótica constitucional, legal e da técnica legislativa não inferem recomendações e alertas que minorariam as chances de vigência da mencionada norma; isso quer dizer, sem constatação de defeito na origem ou desvirtuamento da verdadeira natureza jurídica — ao mesmo passo em que não se vislumbram excessos ou desvio de finalidade na regulação discricionária.

Essa questão, aliada às demais abordadas no trabalho, evidenciam a atualidade do tema estudado, bem como favorece a algumas considerações acerca do objetivo-fim de preservar a justiça fiscal brasileira, estabelecendo o espectro de incidência do VTN no ITR apenas àqueles contribuintes que se enquadrem nos exatos termos de incidência, confirma a higidez da Instrução Normativa ao conjugar a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis como instrumento de exercício do direito privado de propriedade com as mudanças da materialidade da hipótese fiscal e aplicação de alíquotas condizentes.

Por fim, os pontos de preocupação uma vez estabelecidos de maneira precisa e com base na hermenêutica jurídica mostram-se eficazmente solucionados com a publicação da Instrução em meados de março, cujo impacto é positivo para todos os agentes econômicos envolvidos.

Referências

BACHA, Carlos José Caetano. Economia e política agrícola no Brasil. São Paulo: Atlas, 2004.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao>. Acesso em: 19 jun. 2019.

_____. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário

aplicáveis à União, Estados e Municípios. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, out. 1966. Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm>. Acesso em: 19 jun. 2019.

_____. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, out. 1966. Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm>. Acesso em: 19 jun. 2019.

_____. Lei nº 8.629, de 23 de fevereiro de 1993. Dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, fev. 1993. Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8629.htm>. Acesso em: 19 jun. 2019.

_____. Lei nº 9.393, de 19 de dezembro de 1996. Dispõe sobre o Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural – ITR, sobre pagamento da dívida representada por Títulos da Dívida Agrária e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, dez. 1996. Disponível em: <http:// planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9393.htm>. Acesso em: 21 jun. 2019.

_____. Lei nº 9.779, de 19 de janeiro de 1999. Altera a legislação do Imposto sobre a Renda, relativamente à tributação dos Fundos de Investimento Imobiliário e dos rendimentos auferidos em aplicação ou operação financeira de renda fixa ou variável, ao Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES, à incidência sobre rendimentos de beneficiários no exterior, bem assim a legislação do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, relativamente ao aproveitamento de créditos e à equiparação de atacadista a estabelecimento industrial, do Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguros ou Relativas a Títulos e Valores Mobiliários - IOF, relativamente às operações de mútuo, e da Contribuição Social sobre o

Lucro Líquido, relativamente às despesas financeiras, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, jan. 1999. Disponível em: <http:// planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9779.htm>. Acesso em: 23 jun. 2019.

_____. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, jan. 1999. Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm>. Acesso em: 25 jun. 2019.

BUCCI, Maria Paula Dallari et al. (Org.). Direitos e políticas públicas. São Paulo: Pólis, 2011.

CALLADO, Aldo Leonardo Cunha; CALLADO, Antônio André Cunha; ALMEIDA, Moisés Araújo. A utilização de indicadores gerenciais de desempenho industrial no âmbito de agroindústrias. Rio de janeiro: Revista Eletrônica Sistemas & Gestão, vol. 2, n.2, 2008.

CARRAZA, Roque Antônio. Curso de direito constitucional tributário. 26. ed. São Paulo: Malheiros, p. 107-108, 2010.

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, p. 338, 2007.

CARVALHO, Thiago Moreira de; LIMA, Priscilla Ferreira de; THOMÉ, Karim Marini. Análise econômica dos tributos no agronegócio: custo de produção ou custo de transação. Recife: Custos e @gronegócio online, vol. 11, n. 1, jan./mar. 2015.

CENTRO DE ESTUDOS AVANÇADOS EM ECONOMIA APLICADA (CEPEA), Brasil. 2019. Relatório PIB Agro Brasil. Disponível em: <http://www.cepea.esalq.usp.br/comunicacao/Cepea_PIB_BR_dez17.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2019.

COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. In: STROZAKE, Juvelino (Coord.). A questão agrária e a justiça. São Paulo: RT, 2000.

CONFEDERAÇÃO DA AGRICULTURA E PECUÁRIA DO BRASIL (CNA), Brasil. 2019. Disponível na íntegra para consulta no sítio eletrônico oficial: <https://www.cnabrasil.org.br/assets/arquivos/artigostecnicos/Comunicado-Tecnuci-09.ed-25-mar-pdf>. Acesso em: 17 jun. 2019.

COSTA, Regina Helena. Princípio da capacidade contributiva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, p. 112, 2012.

_____. Curso de direito tributário: constituição e código tributário nacional. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CONTI, José Maurício. Princípios tributários da capacidade contributiva e da progressividade. São Paulo: Dialética, p. 28, 1996.

CREPALDI, Silvio Aparecido. Contabilidade rural: uma abordagem decisorial. 6. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2011.

DIEL, Fábio José; DIEL, Elisandra Henn; SCHULZ, Sheila Jeane; CHIARELLO, Tânia Cristina; SILVA, Tarcísio Pedro da. Análise da eficiência econômico-financeira das empresas pertencentes ao agronegócio brasileiro. Revista Contemporânea de Economia e Gestão, vol. 12, n. 2, mai./ago. 2014.

FIEL, Adamir de Amorim. Integração vertical no agronegócio e novos mercados agrícolas: reflexões para um desenvolvimento rural brasileiro. In: FARO, Marcus de Castro; FERREIRA, Hugo Luís Pena. (Org.). Análise jurídica da política econômica: a efetividade dos direitos na economia global. Curitiba: CRV, p. 221, 2018.

FREDERICO, Samuel. Agricultura científica globalizada e fronteira agrícola moderna no Brasil. Paris: CONFINS – Revista Franco-brasileira de Geografia, vol. 17, 2013a. Disponível em: <https://journals.openedition.org/confins/8153>. Acesso em: 2 jul. 2019.

GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). 2019. Carta de Conjuntura. Seção IV – Economia Agrícola. Dis-

ponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/conjuntura/190220_cc42_economia_agricola.pdf >. Acesso em: 9 jul. 2019.

JUNIOR, Brivaldo Pereira dos Santos. Natureza substancial ou procedimental do lançamento tributário. In: AGU: Revista da Advocacia-Geral da União, Brasília, DF, ano VII, n. 18, p. 32, out./dez. 2008.

KIRCHHOF, Paul. Tributação no Estado constitucional. Trad. Pedro Adamy. São Paulo: Quartier Latin, p. 34, 2016.

LIMA, Jairo Gustavo de; POZO, Osmar Vicente Chévez; FREITAS, Rodrigo Randow de; MAURI, Gabriela de Nadai. Startups no agronegócio brasileiro: uma revisão sobre as potencialidades do setor. BJE - Brazilian journals of production engineering. São Mateus: CEUNES/DETEC, vol. 3, n. 1, p. 4, mai./jun. 2017.

MACHADO, Hugo de Brito. Curso de direito tributário. 36. ed. São Paulo: Malheiros, p. 352, 2015.

MENDES, Carolina Borghi. Influências de instituições externas à escola pública: privatização do ensino a partir da Educação Ambiental? 2015. Dissertação (Mestrado em Educação para a Ciência). Programa de Pós-graduação em Educação para a Ciência, Faculdade de Ciências da Universidade Estadual Paulista - UNESP, Bauru, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. Considerações sobre a "regulação" no direito positivo brasileiro, ano 3, n. 12. São Paulo: Revista de Direito Público da Economia, p. 3, out. 2005.

MINISTÉRIO DA AGRICULTURA, PECUÁRIA E ABASTECIMENTO (MAPA), Brasil. 2019. Disponível em: <http://www.agricultura.gov.br/assuntos/politica-agricola/todas-publicacoes-de-politica-agricola/projecoes-do-gronegocio/projecoes-do-agronegocio-2017-a-2027-versao-preliminar-25-07-17.pdf/view>. Acesso em 17 jun. 2019.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil: direito das coisas, vol. 3, 37. ed. São Paulo: Saraiva, p. 83, 2003.

MOSCHETTI, Francesco. El princípio de capacidad contributiva: estudios de hacienda pública. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, p. 279, 1980.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil: direito das coisas, vol. 4, 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 93, 2005.

QUEIROZ, Luís Cesar Souza de. Sujeição passiva e tributária. São Paulo: Forense, p. 174-175, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 103, 1998.

TIPKE, Klaus. A moral tributária do Estado e dos contribuintes. Trad. Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, p. 53, 2012.

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E O ATIVISMO JUDICIAL: UMA DISCUSSÃO A PARTIR DA TEORIA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE

Amanda Greff Escobar

1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

O período do pós-segunda guerra mundial trouxe à humanidade a necessidade de uma modificação das concepções sócio-jurídico-políticas, reestruturando a noção de democracia e do constitucionalismo e priorizando a dignidade da pessoa humana e o interesse em proteger os direitos humanos e fundamentais.

No Brasil a redemocratização ocorreu por intermédio da promulgada Constituição Federal de 1988, que incorporou valores a fim de ver efetivados determinados direitos, dentre esses o direito à saúde.

Na atual Carta Magna brasileira, o direito à saúde está consagrado em seu artigo 6º, além deste, o artigo 196 do mesmo diploma estabelece a saúde como um direito de todos e dever do Estado, devendo este buscar a sua concreção máxima através da promoção de medidas políticas, sociais e econômicas.

Esse *status* constitucional conferido à saúde demonstra uma preocupação do constituinte originário de assegurar o respeito e a garantia de condições mínimas de existência, a fim de salvaguardar o bem-estar da sociedade. No entanto, esse direito social exige uma posição prestacional estatal para sua efetivação, impõe aos poderes públicos obrigações com a

promoção de políticas públicas que garantam o seu acesso universal, integral e igualitário à população.

Por sua vez, apesar de haver legislação e atribuição das diversas responsabilidades relativas a saúde aos entes federados, ainda há falta de concretização desse direito fundamental, que depende de políticas públicas, mas também de uma gestão eficiente e da disponibilização de recursos financeiros.

A omissão do Poder Público, no tocante a políticas públicas de saúde, resultou na provocação do Poder Judiciário, tendo em vista ser ele o conhecido como garantidor do novo regime democrático, supervalorizado notadamente a partir da redemocratização e promulgação da Constituinte de 1988, e o responsável por a possível efetivação desse direito fundamental, fenômeno que passou a ser chamado de judicialização da saúde.

Há, portanto, a transferência da atividade inerente ao Estado-administração ao Estado-juiz, devendo este último conferir concretude ao direito fundamental posto em demanda, que não é nem de longe tarefa fácil, pois se reclama uma postura ousada do aplicador do Direito, tendo em vista que deverá ele manifestar-se sobre questões relativas a recursos públicos e controle judicial de atos da Administração.

Vale ressaltar que o problema em torno da discricionariedade judicial se eleva quando há enfrentamento e acentuado protagonismo, pelo Poder Judiciário, de questões relevantes para a sociedade, como é o caso da judicialização da saúde e o ativismo judicial nessa seara, fazendo com que o ato decisório fique à disposição da subjetividade do julgador.

Sendo assim, a partir do fenômeno da judicialização da saúde e o ativismo judicial nas questões relativas a saúde pública, busca-se neste ensaio compreender a importância da integridade do direito.

As reflexões serão desenvolvidas a partir da teoria do Direito como Integridade, proposta por Ronald Dworkin, autor que possui vasta crítica à discricionariedade judicial. A metodologia a ser empregada aqui será de abordagem qualitativa, método dedutivo, através de pesquisa bibliográfica.

O desenvolvimento do presente estudo partirá da análise da judicialização das políticas públicas de saúde e o ativismo judicial, para então adentrar na discussão sobre a teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin, desenvolvida na obra O império do Direito (1999), onde

a defesa da integridade no direito se apresenta como uma virtude e que deve ser abarcada, principalmente, nas questões de judicialização da saúde e ativismo judicial nessa seara, por se tratar do direito à saúde um direito tão fundamental à sociedade.

2 DIREITO À SAÚDE, JUDICIALIZAÇÃO E O ATIVISMO JUDICIAL

A Carta Magna vigente atribuiu ao direito à saúde o caráter de direito fundamental, direitos esses garantidores da dignidade da pessoa humana. A atribuição de direito fundamental social encontra-se no artigo 6º, *caput,* e resultou em uma aproximação do texto constitucional às declarações internacionais de direitos humanos, que, inclusive, foram de extrema importância para o reconhecimento dos direitos sociais, dentre eles o direito à saúde.

Apesar da Constituição de 1988 trazer, de forma inovadora comparada às demais Constituições nacionais, dispositivos que conferem proteção à saúde, muitos brasileiros ainda não possuem atendimento, cirurgias, exames e medicamentos através do SUS, optando assim pela propositura de ações judiciais na esperança de obter o seu direito concretizado.

Vale comentar que instalou-se uma desconfiança em relação ao Poder Executivo e Legislativo no Brasil pré-Constituição de 1988, e, com isso, o Judiciário, que "tratava-se do único poder que ainda não tinha falhado, muito embora também nunca tivesse se destacado" (KAUFMANN, 2011, p. 170) perdeu sua imagem de figura inerte com a redemocratização e a promulgação da Constituição Federal de 1988, para uma de garantidor do novo regime democrático.

Essa nova roupagem se deu pelo papel de consolidação da democracia e concretização dos direitos fundamentais, destacando-se os remédios constitucionais, que transpareceram o comprometimento do Estado na superação do regime militar, através da tutela de direitos e liberdades fundamentais.

Sendo assim, a procura pelo Judiciário pode ser vista hoje como uma estratégia de defesa e conquista de direitos, evitando que estes passem de meras promessas do constituinte originário, fato este que resultou no fenômeno chamado judicialização (ASENSI, 2010).

Para Barroso, quando decisões de questões de grande repercussão social ou política passam a ser tomadas pelo Judiciário, traduz-se no fenômeno da judicialização. Discorre o autor (2012, p. 24), que a judicialização "envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade".

Barroso (2012) elenca três causas para a judicialização: a redemocratização do Brasil, com a promulgação da Constituição de 1988, as garantias conferidas à magistratura, o Ministério Público atuante em outras competências, que não somente a criminal, o fortalecimento da Defensoria Pública; a constitucionalização do direito; e, por fim, o controle de constitucionalidade.

Importante a contribuição de Castro (1997), quando afirma que:

> A Judicialização da Política ocorre porque os tribunais são chamados a se pronunciar onde o funcionamento do legislativo e do executivo se mostra falhos, insuficientes ou insatisfatórios. Sob tais condições ocorre uma aproximação entre "Direito e Política" e, em vários casos, torna-se difícil distinguir entre um "direito" e um "interesse político" (CASTRO, 1997, p. 148).

Sendo assim, através da abertura democrática, aliada à garantia constitucional dos direitos fundamentais, chega aos tribunais demandas que apelam a efetividade dos direitos fundamentais constitucionalmente elencados. Se percebe então que "A política se judicializa a fim de viabilizar o encontro da comunidade com os seus propósitos, declarados formalmente na Constituição" (VIANNA *et al*, 1999, p. 40).

Portanto, há judicialização da política quando as decisões dos tribunais envolvem questões de largo alcance político, todavia isso não ocorre apenas no Brasil, ainda que tenha aqui uma presença intensificada, se trata de um fenômeno global decorrente da adoção de diversos países do tribunal constitucional como mecanismo de controle dos demais poderes (TATE e VALLINDER, 1995).

Haverá judicialização no campo da saúde pública quando houver procura pela garantia de acesso tanto às ações, quanto aos serviços públicos de saúde, através de ações judiciais, que é o que vem ocorrendo após a redemocratização.

O acréscimo de demandas judiciais em busca da concretização do direito à saúde revela um Judiciário mais acessível à população, refletindo verdadeira mola propulsora de acesso do cidadão ao Poder Público, onde a judicialização passa a refletir uma transformação da atuação do Judiciário em verdadeira função política.

Nesse mesmo sentido, tendo em vista no Brasil termos um panorama de insuficiência das políticas públicas, quanto à execução e o planejamento, combinado com a escassez de recursos e má alocação destes, não é surpresa perceber que a judicialização da saúde encontrou aqui lugar propício a sua proliferação. Com isso, o aumento das demandas judiciais relativas à saúde, pleiteando medicamentos, cirurgias, tratamentos, entre outros, pressionou a máquina judiciária a proferir decisões impondo a obrigação ao Estado.

É notório que a judicialização é uma consequência do atual desenho institucional, logo, não se trata de uma opção política do Judiciário, no entanto o dever de se pronunciar sempre que provocado não libera os juízes e tribunais a agirem deliberadamente, sem limitação, apegado apenas à ideia de guardião da Constituição.

Isso traz à tona a discussão quanto a um fenômeno relacionado à judicialização, o ativismo judicial, que, apesar de estarem intimamente ligados, não se fecham no mesmo conceito[34]. O ativismo se relaciona a uma participação mais invasiva do Judiciário, consequência da judicialização da política. Para Barroso:

---

34 Importante destacar a distinção entre judicialização da política e ativismo judicial traçada por Barroso: "A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. [...] Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva [...] A ideia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes" (BARROSO, 2012 p. 25).

> A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (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 "uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance (BARROSO, 2012, p. 25-26).

O Judiciário atualmente tem arcado com uma posição claramente ativista, e, apesar de admitida a atuação jurisdicional excepcional no campo precípuo dos demais poderes, esse intervencionismo traz algumas consequências, como discorre Cristóvam e Cipriani:

> Outra grave consequência do ativismo em matéria de saúde está no ampliado senso de insegurança jurídica que povoa o sistema de justiça. Não raro, ações de medicamentos totalmente idênticas do ponto de vista fático e jurídico são julgadas procedentes em alguns juízos e improcedentes em outros. O cidadão comum não entende respostas diametralmente diversas se o direito é o mesmo para todos, se todos são iguais perante a lei! Isso traz grande perplexidade e até descrédito sobre as instituições, ante a ausência de parâmetros de objetividade, previsibilidade e segurança jurídica a indicar os limites e a licitude da interferência judicial nessas searas (CRISTÓVAM e CIPRIANI, p. 179, 2017).

Por outro lado, mais favorável à postura ativista do Poder Judiciário, Dobrowolski, defende o papel ativo deste Poder além do exercício de sua função jurídica e técnica, porém alerta que, ao possuir uma postura ativista, deve-se ter o cuidado de não usurpar funções constitucionalmente outorgadas aos Poderes Executivo e Legislativo, do contrário "[...] não conseguirá controlar os excessos do Legislativo e do Executivo avanta-

jados no Estado social, nem reprimir os abusos dos superpoderes econômicos e sociais da sociedade tecnológica de massas" (DOBRWOLSKI, 1995, p. 8).

Portanto, o que se extrai é que a atuação alargada do Judiciário pode ocorrer, mas deve se dar de maneira harmônica com os outros Poderes estatais, devendo o ativismo judicial levar em conta os impactos das suas decisões nas esferas de atuação dos demais Poderes. Quanto ao direito à saúde, deve haver um olhar especial e cuidadoso em relação a administração e execução das políticas públicas e também das contas públicas.

Esteves (2007) tendendo a incentivar o ativismo judicial, a fim de se ter efetivado o direito à saúde, entende que:

> Ao lado dos outros dois Poderes, o Judiciário deve atuar de modo objetivo na efetivação dos direitos fundamentais sociais. Essa atuação deve ser ampla, aferindo se as políticas públicas estão sendo desenvolvidas, e mais do que isso se estão atingindo os objetivos de acordo com o previsto na Constituição. Nessa direção, o Poder Judiciário deve atuar de forma ativa, suprindo omissões legislativas e executivas, redefinindo políticas públicas quando ocorrer inoperância de outros poderes (ESTEVES, 2007, p. 75-76).

Na contramão, oposto ao ativismo judicial, pois este primaria pelas concepções subjetivas de justiça, Dworkin disserta no sentido de que:

> O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima (DWORKIN, 1999, p. 452).

Em se tratando da judicialização excessiva em questões de saúde pública, pode-se afirmar que a diminuição de demandas que procuram a garantia dos direitos só será equacionada quando for superada a crise da

democracia representativa, ou seja, se os poderes Executivo e Legislativo realizarem efetivamente e de uma forma eficaz suas funções constitucionalmente previstas. Enquanto ainda houver essa crise, ainda teremos judicialização da saúde em excesso, e, por via de consequência, o ativismo judicial.

Diante disso, é necessário um olhar atento ao ativismo judicial, visto que, na teoria do direito, há uma relação entre o poder discricionário do juiz e o ativismo judicial, onde, quanto maior o primeiro, maior a chance de haver ativismo judicial.

Aqui, o problema a ser enfrentado é o ativismo judicial na área da saúde e sua relação direta a decisões que padecem da discricionariedade oriunda do positivismo jurídico kelseniano. Inclusive, é notório, em demandas relacionadas a concretização do direito à saúde, os julgamentos serem decididos com base em macroprincípios, como por exemplo dignidade da pessoa humana e direito à vida, ou no pamprincipiologismo, que, segundo Streck (2012), trata-se de "verdadeira usina de produção de princípios despidos de normatividade".

3 A INTEGRIDADE DO DIREITO EM RONALD DWORKIN

Antes de abrir uma discussão da concepção de Dworkin sobre o direito como integridade, é necessário destacar que o termo ativismo judicial, no Brasil, possui uma concepção distinta do que se tem em países como Inglaterra e nos Estados Unidos, se fazendo necessário a tomada de tamanha cautela na importação da doutrina de Ronald Dworkin, que não significa dizer, por óbvio, que não haja nenhuma relação ou aproximação dos seus ensinamentos para o ordenamento jurídico brasileiro.

Como visto, quando há a omissão do poder público na implementação de políticas públicas que efetivem o direito à saúde, o cidadão recorre ao Judiciário, a fim de fazer valer os seus direitos. Logo, aqueles direitos não efetivados na esfera política, decorrente da ineficiência dos demais poderes, são levados à justiça, culminando na chamada judicialização da política.

Por não haver uma teoria de controle da decisão judicial e a consequente aceitação da discricionariedade do órgão julgador frente aos *hard cases*, a problematização da judicialização da saúde se agrava, e, por isso, a

necessária reflexão em cima discricionariedade judicial e o ativismo em questões sanitárias.

Dworkin (1999) expões três concepções antagônicas acerca do direito: o convencionalismo, o pragmatismo e o direito como integridade. Nesta pesquisa, analisaremos o direito como integridade, proposta hermenêutica contrária a concepções convencionalistas e pragmáticas sobre o direito, apresentada principalmente na obra "O império do direito", que possui duras críticas à discricionariedade judicial.

Rafael Simioni traz importante esclarecimento sobre o direito como integridade:

> [...] por meio da distinção entre moralidade pessoal e moralidade política, a perspectiva do direito como integridade parece ser a melhor estratégia teórica para estabelecer um equilíbrio adequado entre os ideais do constitucionalismo e da democracia. Esse problema tangencia, também, a questão da alternativa entre ativismo ou passivismo judicial, já que a decisão jurídica que adota uma convicção convencionalista ou pragmatista já está optando, também, por uma atitude passivista ou ativista, que coloca a questão da legitimidade democrática da decisão jurídica. Para Dworkin, três concepções de interpretação abstrata das práticas influenciam com muita força a escolha das convicções morais que permitem descobrir a resposta correta do direito. Tais concepções constituem um complexo de convicções importantes para a justificação de nossas práticas jurídicas. São elas: o convencionalismo de Hart, o pragmatismo jurídico de Richard Posner e a concepção de direito como integridade de Ronald Dworkin. Segundo a concepção de Dworkin, a primeira é mais vulnerável, a segunda é mais poderosa e a terceira, a mais adequada. Todas têm como pano de fundo a necessidade de conciliação entre a previsibilidade e a flexibilidade do direito; a previsibilidade como ideal de segurança jurídica, de um lado, e a flexibilidade como ideal de adequação para decisões mais justas ou mais corretas, de outro (SIMIONI, 2011, p. 120-121).

Sendo assim, apesar da inexistência de um método de interpretação que garanta a correção da decisão judicial, sob um viés do pensamento dworkiniano, ao intérprete não cabe optar pelo sentido que melhor lhe

convém, não cabe ao julgador desvincular-se da lei, dando abertura à subjetividade, ou seja, à discricionariedade que se consequência na arbitrariedade. Para Dworkin (1999) é inaceitável que a decisão seja um ato de vontade do julgador.

Hart (1994), ao contrário da concepção de Dworkin, sustenta que a discricionariedade é inevitável, justificada pela existência de casos onde o direito pode se apresentar incompleto e até mesmo indeterminado. Nessa linha, o autor defende a liberdade de criação dos magistrados quando o direito se mostra incompleto e sustenta que a criação do direito através da discricionariedade não esbarra na iniciativa do Poder Legislativo, uma vez que, mesmo que aqueles criem normas a exaustão, não conseguirão prever e ditar todas as situações possíveis.

Na contramão de Hart, Dworkin (1999) reconhece a completude do direito, e, para ele, cabe aos juízes exercerem a atividade jurisdicional com o fim de encontrar a resposta correta. Portanto, há em sua teoria o reconhecimento do protagonismo judicial, mas que não deve ser visto como o gozo de liberdade de escolha, isso porque, na concepção de Dworkin (1999) a discricionariedade dos juízes traz sérios abalos para decisões institucionais legitimas.

Importante comentar a distinção entre os *easy cases* e *hard cases*, uma vez que é neste último que, segundo Dworkin (1999), não deve existir atuação discricionária dos juízes, apesar dos positivistas considerarem o contrário.

Sendo assim, os *easy cases* são aqueles solucionados através da subsunção do fato à norma e os *hard cases*, na definição de Hart (1994, p. 335) , são os "casos juridicamente não regulados em que, relativamente a determinado ponto, nenhuma decisão em qualquer dos sentidos é ditada pelo direito e, nesta conformidade, o direito apresenta-se como parcialmente indeterminado ou incompleto".

Para Dworkin aceitar uma discricionariedade judicial nos *hard* cases, seria corroborar para uma ideia onde o magistrado seria livre para completar o ordenamento jurídico no sentido de seus critérios pessoais, deixando de priorizar toda a racionalidade.

Vale ressaltar que, da aplicação dos princípios jurídicos em conflito, o autor, ainda como crítica ao juízo discricional, introduz a moral para as decisões, onde as melhores decisões são aquelas que fornecem a melhor resposta para o caso e se transparece como a mais justa.

A integridade pode ser dividida em dois princípios: integridade na legislação e integridade na aplicação do direito, isso reflete o dever dos legisladores de manter o sistema de princípios em estrita coerência com o direito, além de exigir que o julgador os conceba como um todo, mantendo-se coerente.

Para uma melhor compreensão do direito como integridade, Dworkin introduz duas metáforas: a do romance em cadeia e a do juiz Hércules.

O juiz Hércules transparece a ideia de que embutido na função de julgador, não lhe serve mais suas próprias convicções e preferências, a decisão deve ser guiada pela equidade, precisão e argumentos de princípios e não de política. Dworkin considera haver uma única resposta correta, no entanto, essa concepção não se deve confundir com a concepção de uma interpretação de verdade prévia e fechada, mas levar em conta o conjunto de proposições jurídicas verdadeiras que possam oferecer a melhor interpretação do direito, no tocante ao aspecto da justificação e da coerência.

O autor é contrário ao solipsismo subjetivista em se tratando de decisões judiciais, portanto advoga a tese de que a aplicação judicial do direito deve ser menos discricionária, principalmente quando o caso se apresenta mais complexo e exige uma resposta correta, e, por isso, apresenta a integridade como uma possibilidade dessa produção de resposta correta e adequada à Constituição. Para Dworkin:

> direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram [...] em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado. O direito como integridade deplora o mecanismo do antigo ponto de vista de que 'lei é lei', bem como o cinismo do novo 'relativismo'. Considera esses dois pontos de vista como enraizados na mesma falsa dicotomia entre encontrar e inventar a lei. Quando um juiz declara que um determinado princípio está imbuído no direito,

> sua opinião não reflete uma afirmação ingênua sobre os motivos dos estadistas do passado, uma afirmação que um bom cínico poderia refutar facilmente, mas sim uma proposta interpretativa: o princípio se ajusta a alguma parte complexa da prática jurídica e a justifica; oferece uma maneira atraente de ver, na estrutura dessa prática, a coerência de princípio que a integridade requer (DWORKIN, 1999, p. 274).

Dessa forma, a construção de uma decisão correta tem seu pilar na integridade do sistema jurídico, dos princípios e os valores que a comunidade personificada faz vigorar no presente, onde a base se encontra nos princípios de justiça, equidade e do devido processo legal.

Assim se tem evitado o pragmatismo judicial, uma vez que o princípio da integridade, da igualdade, da justiça e do devido processo legal, são o sustento da decisão com que tem e sim padrões de coerência. Logo, a integridade é o limite do campo discricionário/arbitrário nas decisões judiciais, funcionando como alicerce para a orientação do julgador na busca pela resposta adequada.

Sendo assim, a integridade é uma virtude que figura ao lado de outras três figuras, a equanimidade, a justiça e o devido processo legal. "É uma virtude que disciplina a leitura moral do direito, impedindo que os juízes interpretem o direito de qualquer jeito, sem um comprometimento substancial com a integridade dos princípios da moralidade política" (DWORKIN, 1999).

Conforme preleciona o autor, os magistrados devem ter a consciência de que o direito é estruturado por um "conjunto coerente de princípios acerca da justiça, equidade e devido processo legal, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas" (DWORKIN, 1999, p. 291).

O autor assenta ainda que a decisão é ato de responsabilidade política, devendo salientar a história institucional do caso concreto. Sendo assim, a fundamentação se constitui como um elemento essencial para o Estado Democrático de Direito, demonstrando a verdadeira condição de possibilidade da decisão e não servindo como uma mera justificativa de razões subjetivamente que foram elencadas para a tomada de decisão.

No mais, a decisão judicial deve observar a jurisprudência e, agora com a vigência do CPC/15, os precedentes, reconstruindo assim, a história institucional do direito, conforme está disposto no art. 926 do NCPC/15, onde afirma que os órgãos jurisdicionais têm o dever de decidir, sem deixar de levar em consideração os precedentes relacionados com a questão jurídica posta a julgamento.

Isso traz à tona a segunda metáfora abordada por Dworkin, a metáfora do romance em cadeia, que retrata o dever do juiz de interpretar o direito como um romance em cadeia, devendo o magistrado interpretar os capítulos anteriores e dar a sequência da melhor maneira possível aos próximos capítulos.

> "Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade (DWORKIN, 2002, p. 276)"

No direito como integridade, os juízes continuam o seu processo de interpretação mesmo depois de proferida a decisão, tendo em vista que deve haver o resguardo da coerência, deve-se ter decisões semelhantes a casos semelhantes.

Sendo assim, a integridade confere legitimidade ao direito e, sobretudo, para a jurisdição constitucional, não devendo compreender o direito como um mero conjunto de normas, pois assim se estaria perdendo de vista um de seus elementos mais necessários, a legitimidade, além de não enfrentar um dos seus problemas mais profundos que é a discricionariedade.

No tocante ao ativismo judicial no direito à saúde no Brasil, o que se percebe é uma grande diversidade de decisões judiciais acerca do mesmo assunto, que acarreta na instabilidade e insegurança jurídica, tendo essas decisões, muitas das vezes, carregadas de uma determinada discricionariedade judicial do tipo "decido conforme minha consciência", o que é

amplamente atacado por Dworkin, principalmente em sua teoria do direito como integridade.

A teoria de Dworkin contribui para o problema do ativismo judicial, pois, sem uma integridade do direito, haverá um estancamento no ordenamento e no imaginário dos operadores jurídicos onde se terá que a discricionariedade é parte integrante do ato decisório, crendo que a decisão é um ato de vontade do órgão julgador.

No mais, revela-se a importância da decisão judicial e sua influência, não só entre as partes, mas sobre toda a comunidade e na formação de seu direito, onde não se deve dar lugar ao uso de juízos valorativos individuais do julgador, devendo este deixar a decisão isenta das suas próprias convicções.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, apesar de usufruirmos, a partir de 1988 com a promulgação da Constituição Federal, de uma democracia mais fortalecida e comprometida com a concretização dos direitos fundamentais sociais, essa dependência de uma atuação estatal vem gerando, diante de omissões estatais, uma corrida ao Judiciário que passou a receber a função de garantidor da Constituição.

Com isso, a judicialização excessiva em questões de saúde e o ativismo judicial ganharam espaço no cenário jurídico brasileiro diante da chamada crise de representatividade, onde os órgãos representantes da vontade da maioria não chegam a cumprir na totalidade o seu papel previsto constitucionalmente. No entanto essa judicialização acaba por refletir em mais desigualdades e inefetividade do direito à saúde.

A proposta hermenêutica trazida por Dworkin, especialmente em sua obra "O império do direito", ressalta a necessidade de uma concepção de direito como integridade, combatendo a discricionariedade judicial.

Perceber o direito como integridade em um cenário de grande ativismo judicial, principalmente na seara do direito à saúde, é importante, uma vez que decisões inovadoras também acarretam em insegurança jurídica, necessitando o Poder Judiciário de legitimação nas decisões tomadas.

É aí que o direito como integridade se encaixa, pois, esse processo interpretativo de Dworkin busca justamente oferecer tal legitimação, dentro de uma interpretação crítica e (re)construtiva do direito.

No mais, é necessário compreender a integridade como uma virtude política, juntamente com a equanimidade, a justiça e o devido processo legal, auxiliando e impedindo que os magistrados interpretem as leis sem um comprometimento substancial com a integridade dos princípios da moralidade política, servindo a integridade do direito como um dos antídotos para a discricionariedade.

REFERÊNCIAS

ASENSI, Felipe Dutra. Judicialização ou juridicização? As instituições jurídicas e suas estratégias na saúde. **Physis** [online], vol. 20, n.1, p. 33-55, 2010. Disponível em: http://ww-w.scielo.br/pdf/physis/v20n1/a04v20n1.pdf. Acesso em: 13 maio 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, vol.5, n. 1, p.23-32, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 5 maio 2019.

_____. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Presidência da República Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 09 jun 2019.

CASTRO, Marcos Faro. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo n. 34, 1997.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; CIPRIANI Manoella Peixer. Sobre o ativismo judicial nas questões relacionadas ao direito à saúde: mensageiro da boa nova ou lobo em pele de cordeiro. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, vol. 13, n. 3, p. 163-188, Set.-Dez., 2017.

DOBRWOLSKI, Silvio. A necessidade de ativismo judicial no Estado contemporâneo. **Revista Sequência**, Florianópolis, v. 16, n. 31, p. 92-101, 1995.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério.** Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Marins Fontes, 2002.

_____. **O império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ESTEVES, João Luiz M. **Direitos Sociais no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Método, 2007.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito.** 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. **Direitos Humanos, Direito Constitucional e Neopragmatismo.** São Paulo: Almedina, 2011.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. O convencionalismo de Hart e o pragmatismo de Posner na perspectiva do direito como integridade de Dworkin. **Revista Jurídica da Faculdade de Direito Dom Bosco**, n. 10, ano 5, jul./dez, 2011.

STRECK, Lênio Luiz. O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto. **Revista Consultor Jurídico.** São Paulo: Conjur Editorial, 2012. Disponível em: https://www.conjur.co-m.br/2012-mar-22/senso--incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto. Acesso em: 09 mai 2019.

TATE, Neal; VALLINDER, Torbjörn (Org.). **The global expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics.** Nova York: New York University Press, 1995.

VIANNA, Luiz Werneck (*et. al.*). **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E OS INCENTIVOS DA ZONA FRANCA DE MANAUS

Glaucia Maria de Araújo
Marcus Fabiano Praciano Santiago

INTRODUÇÃO

A Zona Franca de Manaus (ZFM) foi concebida há mais de cinquenta anos como uma forma de dinamizar a então estagnada economia local. Sua implementação teve relativo sucesso, sendo hodiernamente de grande importância para a economia do estado do Amazonas. O modelo desta área incentivada é embasado nos dispositivos do Decreto-lei nº 288/1967, norma que teve poucas modificações desde sua publicação e que foi elaborada em um período em que a causa ambiental era considerada de pouca importância.

No entanto, o ideário associado à redução das desigualdades regionais passou por grandes mudanças nas últimas décadas, tanto em sua aplicação jurídica quanto na formulação e implementação de políticas públicas. Inicialmente relacionado principalmente ao aumento da produção e da renda, o conceito de desenvolvimento passou a abranger valores como sustentabilidade, redução de desigualdades e proteção ambiental. Esta nova carga axiológica se reflete na interpretação constitucional, com o afastamento de um foco tão somente econômico em proveito do ideal de desenvolvimento sustentável.

Dessarte, o objetivo deste ensaio é o de perquirir se a legislação que rege os incentivos regionais da Zona Franca de Manaus possui fins que se coadunam com os valores plasmados nas normas constitucionais, mor-

mente os referentes ao direito ao meio ambiente equilibrado e à sustentabilidade. Discute-se ainda suas eventuais consequências para o modelo de desenvolvimento regional.

Com este fito inicialmente são discutidos e contrapostos o conceito de desenvolvimento considerado de maior influência para as áreas de incentivo regional e o de desenvolvimento sustentável e sustentabilidade. A seguir, são apresentados, tendo como base a melhor doutrina, conceitos constitucionais ligados ao desenvolvimento regional e ao direito ao meio ambiente equilibrado. Por fim é debatido o regramento jurídico da área incentivada e sua adequação aos preceitos constitucionais.

1 DO CONCEITO DE DESENVOLVIMENTO

O que é desenvolvimento? Como bem aduz Barral (2005), trata-se de uma palavra de sentido vago à qual não raramente se agregam adjetivos como "infantil" ou "regional", criando conotações não apenas distintas, mas muitas vezes contraditórias, o que ocorre mesmo em idiomas diferentes de nossa língua pátria. Consiste em um termo plurissignificativo, característica que dificulta a compreensão das expressões em que é usado.

É de se esperar que alterações nos conceitos utilizados nas relações entre os agentes econômicos e em políticas estatais levem a mudanças na ordem jurídica e a reflexos tanto normativos quanto valorativos para os operadores do direito. Este entendimento é partilhado por Grau (2010), o qual aduz que o que peculiariza o Direito Econômico como ramo jurídico é sua destinação à instrumentalização, mediante ordenação jurídica, da política econômica do Estado. Dessarte, para a interpretação normativa se faz relevante uma sucinta análise dos conceitos com influência sobre os formuladores de políticas públicas, mormente as relacionadas com a relação entre o desenvolvimento e a redução das desigualdades sociais e regionais, temas em análise. Com teste fito, entende-se que há duas concepções de desenvolvimento de maior proeminência no escopo do presente estudo.

De grande importância foi a teoria econômica estruturalista surgida no âmbito da CEPAL (Comissão Econômica para a América Latina). Para Bercovici (2005), foi esta que fundamentou, efetivamente, a política brasileira de desenvolvimento. Noutro giro, anota o douto mestre que foi

a ideologia desenvolvimentista da CEPAL que inspirou os estudos que levaram à Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste (SUDENE) e que fundamentaria a elaboração de todas as políticas brasileiras de desenvolvimento regional (concretizadas ou não) posteriores (BERCOVICI, 2003).

Para Furtado (1986, p. 78), um de seus maiores expoentes, o "desenvolvimento compreende a ideia de crescimento, superando-a". O crescimento, este entendido como o aumento da produção em um subconjunto econômico especializado, é abrangido pelo desenvolvimento, sendo este o mesmo fenômeno quando observado do ponto de vista de suas repercussões no conjunto econômico. Assim diferencia-se por também compreender modificações nas relações e proporções internas do sistema econômico.

Aduz ainda Furtado (1986) que o desenvolvimento se apresenta sob a forma de combinações mais produtivas dos fatores de produção. Entende este consagrado mestre que, apesar de haver uma correlação elevada entre o aumento da produtividade e o aumento do fluxo de renda real, há situações em que a expansão de renda pode frustrar-se. Por outro lado, considera desejável que o aumento de renda não se concentre nas mãos de uma pequena minoria: o incremento do salário real médio diversifica a procura (consumo), o qual constitui um motor do desenvolvimento por permitir o aproveitamento do aumento de produtividade, bem como novas inversões produtivas.

Dessarte, o desenvolvimento é entendido como um conceito predominantemente econômico, podendo ocorrer com a concentração da renda e, consequentemente, sem redução de desigualdades. Apesar deste conceito economicista, o autor entende ser desejável a atuação estatal para a melhoria da distribuição de renda com o fim de aumentar o consumo e a diversificação econômica.

Como anota Barral (2005), Furtado demonstra que o desenvolvimento não se restringe a fatores econômicos. No entanto, ressalta que sua finalidade é o crescimento. Em resumo: reconhece que há influências não econômicas no desenvolvimento, mas este continua a ser identificado fundamentalmente com o desenvolvimento econômico.

Esta concepção de grande influência há algumas décadas tem sido superada por outras nos quais o aspecto econômico do desenvolvimento reduz sua proeminência, devendo ser destacado o conceito de desenvol-

vimento sustentável. Seu surgimento é relativamente recente, face à sua ampla utilização atual.

Conforme Sachs (2015), apesar de seu conceito ter sido discutido na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano em Estocolmo no ano de 1972, foi apenas em 1980 que foi introduzida formalmente. A expressão foi depois adotada e popularizada no relatório da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento das Nações Unidas, geralmente conhecido pelo nome de sua presidente como relatório Brundtland, e onde encontra-se uma definição bastante conhecida: "o Desenvolvimento Sustentável é o desenvolvimento que satisfaz as necessidades do presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras satisfazerem as próprias necessidades" (BRUNDTLAND et al, 1987, p.20).

Em complemento, também aduz Sachs (2015) que com o passar do tempo o conceito de desenvolvimento sustentável evoluiu para uma abordagem mais prática, reduzindo a importância da equidade intergeracional e aumentando a da abordagem holística, ligando o desenvolvimento econômico, a inclusão social e a sustentabilidade ambiental.

Neste diapasão, na declaração referente à conferência sobre meio ambiente e desenvolvimento ocorrida no Rio de Janeiro em 1992 , verifica-se que entre seus princípios se encontram referências à erradicação da pobreza e à proteção do ambiental como requisitos do desenvolvimento sustentável (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1992). Posteriormente, em 2002, por ocasião da Cúpula sobre Desenvolvimento Sustentável realizada em Joanesburgo, foram reconhecidos, no documento referente à implementação de seus objetivos, três pilares interdependentes do desenvolvimento sustentável que se reforçam mutuamente: o crescimento econômico, o desenvolvimento social e a proteção do meio ambiente (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2002).

Cabe ser ressaltado que para muitos as diversas acepções do desenvolvimento sustentável tornam esta expressão diferente do termo sustentabilidade. Conforme Veiga (2015), utilizar os dois como sinônimos é bastante discutível. Apesar de entender que não há uma resposta concisa simples e direta para indagações sobre o conceito de sustentabilidade, aduz que é o único valor a dar atenção às futuras gerações, ou seja a evocar a responsabilidade contemporânea pelas oportunidades, leques de escolha e direitos que nossos descendentes usufruirão.

Esta interpretação de que a sustentabilidade está ligada à responsabilidade das ações do presente frente às consequências futuras também é partilhada por Canotilho (2010). O mestre português divide o conceito de sustentabilidade em dois: o restrito e o amplo. O restrito aponta para a proteção/manutenção a longo prazo de recursos através do planejamento, economização e obrigações de condutas e de resultados. Já o amplo envolve os três pilares ecológico, econômico e social, tornando-o próximo ao conceito de desenvolvimento sustentável.

2 DESENVOLVIMENTO NACIONAL E A REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES SOCIAIS E REGIONAIS

Com a Constituição de 1988, a garantia do desenvolvimento nacional foi alçada à estatura de objetivo fundamental, juntamente com a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais. Entende-se que estas normas de caráter principiológico vinculam o Poder Público na elaboração e efetivação de suas políticas.

Conforme Strek e Moraes (2013), nossa Carta Maior incorpora um conjunto de objetivos que devem pautar e marcar toda a ação política do Estado, em todos os seus ambientes – executivo, legislativo e judiciário. Com este mesmo entendimento, afirma Sarlet et al (2015) que as normas-princípio contidas nos diversos dispositivos do art. 3.º cumprem a função de princípios objetivos que instituem programas, fins e tarefas que vinculam os poderes públicos e que implicam a uma atuação voltada à realização dos objetivos constitucionalmente enunciados.

Deve-se diferenciar desenvolvimento do mero crescimento econômico. Neste sentido, Grau (2010), afirma que sumariamente crescimento econômico se diferencia de desenvolvimento, por ser este qualitativo e aquele quantitativo. Por sua vez, Bercovici (2005, p. 53) aduz que "o crescimento sem desenvolvimento, como já foi dito, é aquele que ocorre com a modernização, sem qualquer transformação nas estruturas econômicas e sociais". Neste vagar, cabe ser ressaltado que o constituinte também plasmou a redução das desigualdades regionais e sociais como princípio da ordem econômica (art. 170, VII), reforçando sua importância.

Tavares (2011) anota que este preceito constitucional impõe que o desenvolvimento econômico e as estruturas normativas (liberais) criadas

para fundamentar o crescimento econômico devam estar voltados também à redução das desigualdades em todas as regiões do país, bem como ao desenvolvimento social. Neste mesmo diapasão, Grau (2010) afirma que a redução das desigualdades sociais e regionais, bem como a erradicação da pobreza e da marginalização, são objetivos afins e complementares daquele atinente à promoção (garantia) do desenvolvimento econômico.

Nossa Carta Maior apresenta disposições específicas relacionadas à redução das desigualdades regionais, em especial em seu artigo 43, o qual especifica que a União poderá, para efeitos administrativos, articular sua ação em um mesmo complexo geoeconômico e social, visando a seu desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais e dispor, mediante lei complementar, sobre a composição dos organismos regionais que executarão, na forma da lei, os planos regionais, integrantes dos planos nacionais de desenvolvimento econômico e social, aprovados juntamente com estes.

De acordo com Bulos (2014, p. 931), tratam-se das regiões administrativas ou regiões de desenvolvimento, as quais "são organismos regionais ou unidades geográficas, com composição populacional própria, desligadas dos Estados-membros, mas que se encontram submetidas à égide do princípio federativo". Aduz bem o autor que não possuem qualquer capacidade política no âmbito jurídico-formal, mas designam, apenas, meros instrumentos de articulação da União – não se trata de um reforço aos poderes governamentais centrais, sem a necessidade de abandonar a nora da descentralização política e administrativa,imperativo do governo livre e eficiente.

Neste mesmo vagar, assevera Bercovici (2003, p. 226) que "os órgãos de desenvolvimento regional brasileiro são autarquias federais". Dessarte, fazem parte da administração indireta da União, responsável por planejar e implementar as políticas de desenvolvimento regional. A título de exemplo, podem ser citadas as conhecidas SUDENE, SUDAM e SUFRAMA.

Em complemento, aduz o mestre Silva (2013), que o conjunto de medidas referentes à execução dos planos regionais e setoriais por estas entidades deve ser complementado com incentivos regionais, que hão de ser articulados com as prioridades estabelecidas nos planos e com a regionalização orçamentária. Com efeito, nossa Carta Maior dispõe de forma expressa sobre os incentivos regionais, sendo apresentada pelo

constituinte uma lista exemplificativa (art. 43, § 2º). Cabe ser destacada a previsão do incentivo de isenções, reduções ou diferimento temporário de tributos federais devidos por pessoas físicas ou jurídicas; fundamento de diversas políticas públicas de redução das desigualdades regionais (art. 43, § 2º, III).

3 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO E AO DESENVOLVIMENTO

O princípio constitucional de garantir o desenvolvimento nacional deve ser compatibilizado com o do direito ao meio ambiente equilibrado, expressamente previsto em nossa Carta Maior e considerado fundamental.

Como é cediço, a Constituição da República, alcunhada de cidadã, albergou diversas direitos reconhecidos como fundamentais. Conforme Sarlet, Merinoni e Mitidiero (2018), podem ser considerados fundamentais por duas circunstâncias. A primeira é a material de conterem decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da sociedade, em especial, no que diz com a posição nestes ocupada pela pessoa humana. A segunda é a formal ligada ao direito constitucional positivo, no sentido de um regime jurídico definido a partir da própria constituição.

Cabe ainda uma deveras concisa explanação sobre o uso dos termos regras e princípios. Conforme a bem difundida teoria de Alexy (2015), ambos são espécies de normas que se diferenciam: enquanto os princípios possuem grau de abstração mais alto e se constituem em mandamentos de otimização, satisfeitos de várias formas conforme as possibilidades fáticas ou jurídicas, as regras são mais próximas do caso concreto e são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas.

Este doutrinador considera o direito ao meio ambiente como direito fundamental, com uma estrutura muito diferente daquela de um direito como o direito à assistência social, que essencialmente se esgota em um simples direito a uma prestação fática. Aduz que esta diferença ocorre em virtude deste direito poder se consubstanciar em feixes de posições de espécies bastante distintas como a abstenção da intervenção do Estado, a proteção do titular do direito a intervenções lesivas ao meio ambiente, a inclusão do titular no rol de procedimentos ambientalmente relevantes ou

o direito a que o próprio Estado tome medidas fáticas benéficas ao meio ambiente (ALEXY, 2015).

Neste sentido, conforme Benjamin (2007), os fundamentos dorsais do Direito Ambiental, ao contrário do que se dava com as disciplinas jurídicas clássicas, encontram-se, em maior ou menor medida, expressamente apresentados em um crescente número de Constituições modernas. Para este colendo jurista, a doutrina, de forma geral, reconhece a existência de um direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, mormente nos países que modificaram suas Constituições após a Conferência de Estocolmo de 1972.

Na ordem jurídica pátria, este direito encontra-se alicerçado em um princípio consubstanciado no caput do artigo 225 de nossa Carta Maior, o qual a este se refere diretamente (grifos nossos): "Todos têm direito ao **meio ambiente ecologicamente equilibrado**, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá- lo para as presentes e futuras gerações" (BRASIL 1988).

Trata-se, segundo Benjamin (2007), de direito fundamental explícito, por estar incorporado à legislação constitucional e que possui feições ora substantivas; por definir posições jurídicas, qualificar o domínio ou restringir a exploração dos recursos naturais; ora procedimentais, por se prestar à viabilização, execução ou implementação dos direitos e das obrigações materiais. Possui também estrutura bifronte, a um só tempo negativa – associado a um non facere – e positiva, isto é, um direito que comanda prestações positivas do Estado e da sociedade ambas as modalidades. Um exemplo citado é o do empreendedor para o qual exige-se que não degrade o meio ambiente (obrigação negativa) e que, na hipótese de fazê-lo ilegalmente, mitigue o dano e o repare (obrigações positivas).

Por vezes o direito ao meio ambiente equilibrado entra em confronto com normas que visam a garantir o desenvolvimento. Conforme já mencionado, um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é o de garantir o desenvolvimento nacional (artigo 3º, inciso II de nossa Carta Maior). Aduz Grau (2010), de que se trata de princípio constitucional impositivo, dotado de caráter constitucionalmente conformador. Trata-se de realizar políticas públicas cuja reivindicação, pela sociedade, neste encontra fundamentação. Neste mesmo diapasão, afirma Tavares (2011)

que na atual Constituição, é (deve ser) um dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro "garantir o desenvolvimento nacional".

Anota Derani (2008) que os princípios de estímulo ao desenvolvimento econômico, traduzidos pelo fortalecimento e expansão dos fatores de produção, pelo aumento do nível de emprego, pelo desenvolvimento da tecnologia e pelo aumento da quantidade e variedade dos produtos no mercado, estão presentes na Constituição brasileira. Entretanto, pondera que um novo ângulo para se observar o desenvolvimento econômico é conformado pela presença do capítulo sobre o meio ambiente na Constituição: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado se faz presente como princípio a ser respeitado pela atividade econômica. Este não se trata apenas da sustentabilidade no sentido de manutenção do modo de produção dominante, mas da introdução no rol de benefícios da atividade econômica da melhoria de qualidade de vida.

De fundamental importância em nosso estudo é o princípio consubstanciado no artigo 170, VI, o qual dispõe sobre a defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação. De acordo com Bulos (2014), o tratamento diferenciado aí aludido deve ser considerado em termos amplos, pois não se dirige apenas à tributação das pessoas que exercem atividades nocivas ao meio ambiente.

Neste mesmo vagar, Wedy (2018) discorda da doutrina que entende ser o direito ao desenvolvimento em sentido estrito, sem o elemento sustentabilidade, um direito fundamental a integrar o ordenamento jurídico brasileiro. Para o autor, os objetivos fundamentais da Constituição são pressupostos para o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, o que seria o norte para balizar o desenvolvimento sustentável. Argui que o direito ao desenvolvimento sustentável pressupõe o desenvolvimento do ser humano em toda sua plenitude, respeitando o meio ambiente como valor juridicamente tutelado.

4 A ZONA FRANCA DE MANAUS

A preocupação do estado brasileiro enquanto federação com as desigualdades entre suas regiões é bem antiga e possui várias décadas. Os primeiros diplomas normativos versando sobre desigualdades federativas

focavam-se em problemas econômicos regionais isolados, com destaque na região amazônica na busca de soluções para a queda dos preços da borracha no começo do século passado.

Tal preocupação é bem realçada por Diniz (2009), o qual elaborou uma síntese histórica das entidades de desenvolvimento criadas para a região. Conforme o autor, em 1912 foi criada a a Superintendência de Defesa da Borracha, transformada em Instituto Internacional da Hileia Amazônica, em 1945; em 1952, surgiu a Superintendência do Plano de Valorização Econômica da Amazônia (SPVEA); na década de 60, foram criadas a Superintendência de Desenvolvimento da Amazônia (Sudam) e a Superintendência da Zona Franca de Manaus (SUFRAMA); em 1942, no bojo dos acordos de Washington, foi criado o Banco de Crédito da Borracha, transformado em Banco de Crédito da Amazônia, em 1957, e em Banco da Amazônia S.A. (Basa), em 1966.

A Zona Franca de Manaus foi primeiramente criada por meio da Lei 3.173 de 1957. De acordo com Mendonça (2013, p. 41) "os incentivos inicialmente estabelecidos mostraram-se insuficientes para reativar a atividade econômica local, tendo em vista as dificuldades de infraestrutura, transporte e da possibilidade dos produtos que ali chegassem para acessar mercados consumidores de maior potencial econômico".

Em 1967, a ideia da Zona Franca é retomada dentro de um conjunto de medidas estabelecidas para a Amazônia. Conforme Monteiro e Coelho (2004), após o fatídico ano de 1964, as preocupações com o inimigo interno e com a cobiça internacional unificaram os principais setores das Forças Armadas em relação à necessidade e à forma de ocupação da região. Os militares empenharam-se, então, no desenvolvimento de políticas que viabilizassem sua integração econômica da região ao restante do país e na defesa das áreas fronteiriças.

O atual modelo da Zona Franca de Manaus surgiu por intermédio do Decreto-lei n. 288/1967, que trouxe efetividade à novel política com a instituição de incentivos fiscais. Conforme Martins (2012), o Decreto-lei n. 288/1967 "pautou-se no já bem sucedido plano para desenvolvimento do Nordeste, iniciado, em sua fase atual, por Celso Furtado, no início da década de 60". Com efeito, observa-se que esta influência se revela em diversos aspectos como o foco na industrialização, o protagonismo estatal e a criação de uma entidade autárquica para o desenvolvimento regional (SUFRAMA).

Trata-se assim de um diploma legal elaborado com um ideário que associa o desenvolvimento ao crescimento econômico. Com efeito, a leitura de seus dispositivos traz o entendimento de que o legislador não almejou a objetivos diretos ambientais ou mesmo sociais. Neste vagar, verifica-se que seu primeiro artigo declara como finalidade da Zona Franca de Manaus a de criar no interior da Amazônia um centro industrial, comercial e agropecuário dotado de condições econômicas que permitam seu desenvolvimento, em face dos fatores locais e da grande distância, a que se encontram, os centros consumidores de seus produtos (BRASIL, 1967).

Cabe aqui uma breve digressão sobre tributação e extrafiscalidade. Em regra os tributos caracterizam-se por seus fins arrecadatórios. Na lição de Ramos Filho (2012), neste contexto, caracterizam-se pela chamada "fiscalidade", que significa a utilização do instrumental tributário com o exclusivo objetivo de prover os cofres públicos, para que o Estado possa realizar seus fins (isto é, a consecução do bem comum). A fiscalidade se caracteriza, pois, por objetivar a sustentação dos encargos próprios do órgão central da administração.

Entretanto, a tributação por onerar determinadas situações ou operações, acaba por influenciar as escolhas dos agentes econômicos, tendo, pois, também outros efeitos. De acordo com o douto mestre Carvalho (2012), consiste a extrafiscalidade no emprego de fórmulas jurídico-tributárias para a obtenção de metas que prevalecem sobre os fins simplesmente arrecadatórios de recursos monetários.

Neste diapasão, verifica-se que os incentivos voltados para o desenvolvimento regional previstos no Decreto-lei Nº 288/1967 são de ordem extrafiscal. Traz este diploma legal um conjunto de estímulos que reduzem a carga tributária dos agentes econômicos que atenderem a determinadas condições.

Não cabe no escopo do presente trabalho tecer uma descrição pormenorizada dos referidos benefícios fiscais. Em breve resumo, estes incentivos consistem para o agente econômico localizado na região em: isenção ou alíquota zero de tributos incidentes na importação de mercadorias para seu consumo interno e redução da carga tributária (redução de alíquota ou isenção) nos incidentes sobre a venda para o restante do país de produtos industrializados na Zona Franca. Para fazer jus à esta segunda categoria de estímulos, além da localização geográfica na Zona Franca de Manaus, o

estabelecimento industrial deverá atender a algumas condições previstas no Decreto-lei Nº 288/1967.

Algumas dentre estas se referem ao atendimento a um conjunto mínimo de operações, no estabelecimento fabril, que caracteriza a efetiva industrialização de determinado produto, denominado de processo produtivo básico. Outros requisitos são necessários para a aprovação dos projetos que, para gozo dos benefícios, devem ser submetidos ao Conselho Administrativo da Zona Franca de Manaus. Estes consistem no cumprimento de limites anuais à importação estabelecidos na resolução probatória e que o projeto atenda aos seguintes objetivos: incremento de oferta de emprego na região; a concessão de benefícios sociais aos trabalhadores; a incorporação de tecnologias de produtos e de processos de produção compatíveis com o estado da arte e da técnica; níveis crescentes de produtividade e de competitividade; reinvestimento de lucros na região; e investimento na formação e capacitação de recursos humanos para o desenvolvimento científico e tecnológico.

É fácil vislumbrar que o principal fim da política pública para o desenvolvimento regional plasmada no Decreto-lei Nº 288/1967 é o desenvolvimento econômico. O conjunto de estímulos premia os estabelecimentos geograficamente localizados na Zona Franca e, em especial, as indústrias que nacionalizam sua produção, substituindo importações. Trata-se do ideário do estruturalismo econômico com origem na CEPAL já mencionado e que influenciou outros projetos de áreas incentivadas da mesma época, como o gerido pela Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste (SUDENE). Nesta escola de pensamento, o fim é o crescimento econômico, sendo a redução de desigualdades sociais desejável mas não necessária.

Neste diapasão, observa-se que houve relativo sucesso em dinamizar a economia local. Utilizando a renda per capita como indicador de dinamismo econômico, Holland et al (2019) aponta que dados históricos mostram uma forte expansão da renda per capita do estado do Amazonas após a implantação da Zona Franca de Manaus. Dentre outras informações relevantes, aduz que o estado do Amazonas quintuplicou sua participação no produto interno bruto nacional entre 1970 e 2010, acompanhada de um crescimento vertiginoso da população, tendo ainda afetado positivamente a proporção de empregados na indústria de transformação,

com renda do trabalho mais alta, e as condições de moradia (HOLLAND et al, 2019).

Noutro giro, observa-se que não há quaisquer incentivos de caráter ambiental. Pode-se assim concluir que o modelo de incentivos da Zona Franca de Manaus não concretiza princípios constitucionais que devem ser ponderados em conjunto com a garantia do desenvolvimento nacional, mormente os ligados à proteção ambiental tais como o direito ao meio ambiente equilibrado e à sustentabilidade.

Cabe ser ressaltado que o mesmo não ocorre com outras áreas regionais incentivadas. Com efeito, há menções expressas ao desenvolvimento sustentável, à sustentabilidade e a objetivos de redução de desigualdades sociais tanto na finalidade quanto nos objetivos dispostos nas normas que disciplinam as entidades para o desenvolvimento regional do Nordeste, do Norte e do Centro Oeste. A título meramente exemplificativo, a Lei Complementar Nº 124 declara em seu artigo 3º que a finalidade da Superintendência para o Desenvolvimento da Amazônia (SUDAM) é a de "promover o desenvolvimento includente e sustentável de sua área de atuação e a integração competitiva da base produtiva regional na economia nacional e internacional." (BRASIL, 2007).

Sem a pretensão de esgotar o tema ou de apresentar respostas definitivas pode-se vislumbrar alguns conflitos decorrentes desta constatação.

O primeiro se refere ao enfraquecimento do discurso que vincula este modelo de desenvolvimento à proteção do meio ambiente natural como forma de justificar sua continuidade. Esta argumentação baseia-se na inferência de que a grande preservação da cobertura florestal do estado está relacionada aos empregos gerados pelo modelo da Zona Franca de Manaus, os quais diminuiriam a pressão sobre o consumo de recursos florestais pelos demais municípios do Amazonas, evitando o desmatamento, ao concentrar na capital os investimentos e os trabalhadores. Claro se vislumbra que este argumento não possui suporte nos efeitos desejados plasmados nas normas que regem o modelo.

Um segundo conflito se refere à ausência de concretização de princípios constitucionais que conformam os objetivos fundamentais de garantir o desenvolvimento nacional e reduzir as desigualdades regionais, em especial os ambientais. Esta diferença axiológica entre a interpretação constitucional sistemática do desenvolvimento e os fins e objetivos plasmados

no Decreto-lei Nº 288 pode acarretar em contendas jurídicas, mormente nas normas constitucionais de maior concretude.

Um exemplo é o do princípio da ordem econômica de defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação, plasmado no artigo 170, VII de nossa Carta Maior. Para Grau (2010, p. 256), este princípio "conforma a ordem econômica (mundo do ser), informando substancialmente os princípios da garantia do desenvolvimento e do pleno emprego". Sua não concretização, assim como a de outras normas constitucionais, traz riscos de contestação, tanto jurídica quanto política, do modelo de incentivos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme visto, a Zona Franca de Manaus apresenta um modelo de incentivos que não possui políticas públicas ambientais vinculadas de relevância. A maior parte dos benefícios, tanto em valor quanto em quantidade, referem-se aos administrados pela SUFRAMA, os quais não apresentam previsões normativas voltadas ao meio ambiente e refletem um conceito de desenvolvimento elaborado há mais de cinquenta anos e com poucas modificações desde então.

No entanto, as constantes tentativas de vinculação da manutenção do Polo Industrial de Manaus à preservação florestal no estado do Amazonas como forma de justificar sua continuidade, criam a expectativa de que as indústrias ali instaladas sejam ambientalmente responsáveis e que minimizem os danos ao meio ambiente oriundos de sua atividade. Como visto, tal fato não corresponde à realidade. Este descasamento faz com que a ZFM, mesmo regionalmente, siga sendo percebida, em grande medida, como mera máquina geradora de empregos e investimentos, não portadora de virtudes socioambientais relevantes.

Noutro giro, nossa Carta Maior tornou indissociável o vínculo entre a ordem econômica, a redução das desigualdades sociais e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Apesar disso, os incentivos fiscais da ZFM não efetivam diretrizes constitucionais, incluindo princípios basilares como o do desenvolvimento sustentável ou o da defesa do meio ambiente.

Dessarte a ausência de políticas públicas ambientais em seu modelo de incentivos enfraquece sobremaneira a Zona Franca de Manaus de maneiras diferentes. A uma, por não efetivar a proteção ambiental ou o desenvolvimento sustentável e outras diretrizes constitucionais da ordem econômica, causando possíveis conflitos jurídicos. A duas, por não embasar o argumento que vincula a área incentivada à proteção ambiental. Outra consequência é a ausência de estímulos para a adoção de boas práticas de gestão ambiental aos empreendimentos da Zona Franca.

A necessidade de mudança não decorre apenas de dúvidas sobre a veracidade da afirmação de que o Polo Industrial de Manaus (PIM) protege a floresta, mas sim do fato de que a proteção ambiental deve fazer parte da política pública de desenvolvimento regional e não ser um efeito indireto desta. Não se percebem propostas para a alteração do modelo de incentivos, apesar do exposto.

Finalmente não se pode esquecer que o modelo desenvolvimentista atualmente vigente é voltado apenas para o presente. Danos ao meio ambiente têm o condão de se perpetuar no tempo, deixando um legado prejudicial que se refletirá no futuro. As alterações ao modelo de incentivos propostas permitiriam proteger os interesses das próximas gerações.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2015.

BARRAL, W. O. Direito e desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento. São Paulo: Editora Singular, 2005.

BENJAMIN, A. H. V. E. et al. In: Direito constitucional ambiental brasileiro. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. p. 57–130.

BERCOVICI, GILBERTO. Desigualdades regionais, estado e constituição. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BERCOVICI, GILBERTO. Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. 292p.

BRASIL. DECRETO-LEI Nº 288, de 28 de fevereiro de 1967. Altera as disposições da Lei número 3.173 de 6 de junho de 1957 e regula a Zona Franca de Manaus.

BRASIL. Lei Complementar no 124, de 3 de janeiro de 2007. Institui, na forma do art. 43 a Constituição Federal, a Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia – SUDAM; estabelece sua composição, natureza jurídica, objetivos, área de competência e instrumentos de ação; dispõe sobre o Fundo de Desenvolvimento da Amazônia – FDA; altera a Medida Provisória no 2.157-5, de 24 de agosto de 2001; revoga a Lei Complementar no 67, de 13 de junho de 1991; e dá outras providências. In: Diário Oficial da União, Brasília, 4 de janeiro de 2007, Seção 1, p. 1.

BULOS, U. L. Curso de direito constitucional. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CANOTILHO, J. G. et al. Comentários à constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva Jur, 2013.

DERANI, C. Direito ambiental econômico. São Paulo: Max Limonad, 2008.

DINIZ, C. C. Celso Furtado e o desenvolvimento regional. Nova Economia, v. 19, p. 227–249, 2009.

FURTADO, C. M. Teoria e política do desenvolvimento econômico. São Paulo: Nova Cultural, 1986.

GRAU, E. R. A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GTDN. Uma política de desenvolvimento econômico para o Nordeste. 2. ed. Recife: Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste, 1967.

HOLLAND, M. et al. Zona Franca de Manaus: impactos, efetividade e oportunidade. Fundação Getúlio Vargas: Escola de Economia de São

Paulo , abr. 2019. Disponível em: <https://eesp.fgv.br/sites/eesp.fgv.br/files/estudos_fgv_zonafranca_manaus_abril_2019v2.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2019

MARTINS, I. G. DA S. Teleologia dos incentivos fiscais aprovados pela SUFRAMA. Revista CEJ, 2012.

MENDONÇA, M. B. O processo de decisão política e a zona franca de Manaus. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2013.

MONTEIRO, M. DE A.; COELHO, M. C. N. As políticas federais e reconfigurações espaciais na Amazônia. Novos Cadernos NAEA, v. 7, n. 1, p. 91–122, jun. 2004.

RAMOS FILHO, C. A. DE M. Curso de Direito Financeiro. São Paulo: Saraiva, 2012.

SACHS, J. D. A era do desenvolvimento sustentável. 1. ed. Lisboa: Conjuntura Actual Editora, 2015.

SARLET, I.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. Curso de direito constitucional. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

SILVA, J. A. DA. Curso de direito constitucional positivo. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

TAVARES, A. R. Direito Constitucional Econômico . 3. ed. São Paulo: Método, 2011.

VEIGA, J. E. DA. Para entender o desenvolvimento sustentável. [s.l.] Editora 34, 2015.

WEDY, G. Desenvolvimento sustentável na era das mudanças climáticas: um direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2018.

STREK, Lenio Luis;MORAES, José Luis Bolsan de. In: CANOTILHO, JJ Gomes et al. (Ed.). Comentários à constituição do Brasil. São Paulo:Saraiva Jur, 2013.

AÇÕES AFIRMATIVAS SOB A PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Gabriela Albuquerque Pereira
Guilherme Augusto Giovanoni da Silva

As novas perspectivas do princípio da Igualdade

Erik Frederico Gramstrupe (2019), professor e juiz Federal brasileiro, evidencia que o conceito de igualdade é um conceito amplo, que em suas palavras "não possui uma fórmula precisa", nos mostrando a importância de um desenvolvimento de sua acepções para as medidas de um Estado Democrático de Direito.

A importância do princípio da igualdade tem como nascedouro os ideais da filosofia política. Em tal perspectiva, coloca-se em destaque uma análise inicial à filosofia aristotélica.

De acordo com as referências baseadas em Aristóteles, o conceito de igualdade abrange a pelo menos quatro definições diferentes, os quais são, segundo Gramstrupe (2019):

> (a) igualdade numérica ou absoluta (tudo igual para todos): seria a distribuição de benefícios e ônus, em partes idênticas, a todos, criticável do ponto de vista da inverificabilidade. Não há notícia de Sociedade que não tenha efetuado alguma espécie de discriminação (nem de normas que assim não procedam: portanto, toda regra de distribuição seria desigualitária). Mas esta concepção tem

> alguma relação com a promessa feita nas declarações de direitos fundamentais, que, pelo menos em aparência, atribuiriam-nos equanimemente a todos;
>
> (b) igualdade proporcional (ou proporcional-quantitativa: a cada qual e de cada qual segundo certas características de grau variável) [3] : é a atribuição de benefícios maiores aos mais necessitados e ônus progressivos aos mais aquinhoados. A aplicação deste princípio depende da existência de uma regra de distribuição, cujo critério de materialização mais ou menos intensa a determine. Mas, neste caso, toda norma geral seria igualitária, por conter na hipótese elemento descritivo que serve de pauta à intensidade da distribuição;
>
> (c) igualdade proporcional pelo mérito (a cada qual segundo seu merecimento) [4] : é uma variante da anterior, mas se tomando como característica decisiva o mérito individual relativo. O problema está na subjetividade da avaliação do mérito pessoal (é mais fácil determinar o valor relativo de coisas do que de pessoas), a reclamar a intermediação de critérios definidores, com o que, mais uma vez se reduz este caso ao da igualdade proporcional geral;
>
> (d) igualdade pelas partes iguais ou proporcional-qualitativa (o igual aos iguais e o desigual aos desiguais) [5] : se tomado nesta pureza, resultaria, de novo, em que toda norma fosse igualitária, pois esta atribui ou exige conforme o atributo que designa como relevante, para identificar semelhança ou diferença;

A partir de tal reflexão sobre os pensamentos de Aristóteles, GRAMSTRUP(2019) revela a necessidade de se diferenciar "a igualdade perante a norma" e a "igualdade da norma". A igualdade perante a norma pode ser, em tese, a imparcialidade de quem está julgando, devendo tal perspectiva ser utilizada como o parâmetro de igualdade. Já no segundo caso, o autor acrescenta que possui uma complexidade maior, visto que, em diversos casos, a norma é incapaz de ter possuir um caráter igualitário em sua essência.

Finalizando sua análise, o autor aponta a simplicidade da aplicação da norma de forma igualitária no sentido da igualdade absoluta. A subsunção

do fato à norma, seguindo os critérios técnicos,é fácil, porém não efetiva para a concretude dos ideais de igualdade.

Consoante Gomes (2001), o conceito de igualdade foi aflorado devido a Revolução Francesa e a Revolução americana, as quais decorreram das lutas burguesas. Em tal contexto, o principio da igualdade era de suma importância, visto que, com a ascensão da referida classe, buscava-se combater cada vez mais os privilégios da nobreza. Tais ideais forma indispensáveis na formação do constitucionalismo dos séculos XIX e XX.

Devido às lutas sociais, tendo como destaque na época os movimentos feministas e negros, o autor ressalta a importância de um conceito substancial de igualdade, devendo ser considerado arcaico o conceito puramente material. A busca por uma individualização do cidadão, devendo ser analisado gênero, categorias sociais, etnias, raça, idade e outras características capazes de definir um grupo, são de suma importância, o que torna notória a insuficiência de uma igualdade pautada em fórmulas gerais. Em suas palavras o autor ressalta:

> (...)as ações afirmativas consistem em políticas públicas (e também privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e competição física. Impostas ou sugeridas pelo Estado, por seus entes vinculados e até mesmo por entidades puramente privadas, elas visam combater não somente as manifestações flagrantes de discriminação, mas também a discriminação cultural, estrutural, enraizada na sociedade. De cunho pedagógico e não raramente impregnadas de um caráter de exemplaridade, têm como meta, também o engendramento de transformações culturais e sociais relevantes, inculcando nos atores sociais a utilidade e a necessidade da observância dos princípios de pluralismo e da diversidade nas diversas esferas do convívio humano. (GOMES, 2001, p. 6).

A partir de então, Gomes (2001) demonstra a necessidade de criação de um conceito pautado mais na realidade social, que observe as desigualdades existentes, justificando posicionamentos Estatais que buscam

possibilitar justiça social, objetivando sempre minimizar as diferenças econômicas e sociais.

Destarte, ressalta o autor que é dever do poder público atuar de uma maneira mais ativa, sendo responsável por elaborar políticas mais adequadas as peculiaridades de cada grupo social, o que origina as denominadas "discriminações positivas".

Nesse sentido, fica claro que as leis impositivas e de caráter geral não são capazes de proporcionar igualdade de oportunidades, muito menos de reparar praticas discriminatórias do passado. A idéia de um Estado neutro advinda de princípios norteadores de uma sociedade liberal se torna contrastante com a adoção do principio da igualdade em um ordenamento jurídico.

1.1 A tríade do Princípio da Igualdade no Brasil Contemporâneo e no âmbito internacional

O Ministro Luís Roberto Barroso (2017), através de anotações a respeito do princípio da igualdade, ressalta que em um país intitulado de Estado Democrático de Direito, como o Brasil, o Direito à Igualdade se faz de suma importância para a concretude de diversos outros direitos, se consolidando como um dos Princípios Fundamentais contidos na Constituição Federal de 1988.

Barroso (2017) evidencia também que a existência de tal princípio em nosso ordenamento jurídico não se faz presente desde os dias de hoje, tendo sido implementado pela primeira vez através da Constituição de 1824. Em observância ao contexto da referida época, nota-se claramente um contraste entre a norma e a realidade, que não se mostrava eficaz, já que tal preceito constitucional convivia com o voto censitário, os privilégios aristocráticos e o regime escravocrata.

O autor supracitado dimensiona em três espécies o Princípio da Igualdade, em uma análise teórica. *In verbis:*

> No mundo contemporâneo, a igualdade se expressa particularmente em três dimensões: a igualdade formal, que funciona como proteção contra a existência de privilégios e tratamentos discriminatórios; a igualdade material, que corresponde às demandas por

> redistribuição de poder, riqueza e bem estar social; e a igualdade como reconhecimento, significando o respeito devido às minorias, sua identidade e sua diferenças, sejam raciais, religiosas, sexuais ou quaisquer outras. (BARROSO, 2017, p.3)

O Ministro demonstra a importância da igualdade formal, através da elaboração e da aplicação de lei, que veda qualquer tipo de vantagens ou prejuízos, corroborando para a Impessoalidade do Estado. Essa forma de igualdade é importante, necessária e imprescindível para buscar segurança jurídica no ordenamento jurídico, mas insuficiente para a garantia de uma igualdade efetiva.

A dimensão da igualdade formal, coloca todos os cidadãos em total igualdade de condições e encontra-se definida no art. 5 *caput* da nossa Constituição Federal: "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza".

Já em relação à igualdade material, Barroso (2017) a coloca como a busca pela igualdade de fato existente entre os cidadão, utilizando-se da expressão "igualdade perante à vida". Através desta busca-se equilibrar a quantidade de oportunidade, além de proteger grupos mais vulneráveis, criando politicas positivas e meios que busquem a redistribuição de riquezas; somente através de ações afirmativas se torna possível a concretização de direitos essenciais à uma vida digna, como o direito à saúde, educação, moradia, assistência social e muitos outros.

Nota-se a presença de tal perspectiva do direito à igualdade através de normas programáticas na Constituição Federal Brasileira de 1988, como consta no art.3 que contém os objetivos da República: "construir uma sociedade livre, justa e solidária" (I), "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais" (II).

Por fim, de maneira diferente das classificações tradicionais a respeito do Princípio da Igualdade, Barroso atribui uma terceira dimensão no princípio em questão, decorrendo sobre a igualdade como reconhecimento, que busca proteger as minorias, através da busca pelo implemento do respeito na sociedade, que acaba por decorrer na criação entre os cidadão um sentimento de alteridade, almejando combater o preconceito, a discriminação e a violência contra esses grupos minoritários.

Como objetivo do Estado tem-se: "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (art. 3º, IV da Constituição Federal Brasileira de 1988).

Associando os supracitados ideais à Nancy Fraser (2007), defende que através desta classificação, busca-se concretizar uma sociedade capaz de ser respeitosa com as diferenças, não tornando como imprescindível que as minorias se adaptem aos preceitos da cultura dominante para serem reconhecidas e valorizadas.

Esclarece ainda, através do que denomina de modelo de *status* que o reconhecimento de um grupo não está associado as suas características individuais, mas sim no modo em que os seus integrantes participam da interação social (FRASER, 2007).

Desse modo, seguindo Fraser (2007), a falta de reconhecimento não é capaz de depreciar ou de deformar a identidade do grupo, mas é capaz de privá-lo da igualdade de participação no contexto social, atribuindo-lhe julgamentos de inferioridade na estrutura societária.

Por fim, a filósofa mostra que com o reconhecimento é possível gerar inovações institucionais socioculturais que proporcionarão mudanças entre os próprios sujeitos sem ocasionar novas disparidades, podendo ser vistas como uma justificativa para propostas de possíveis reformas sociais e para a criação das ditas discriminações positivas, que buscam reduzir a diminuição da desigualdade entre cidadãos (FRASER, 2007).

Através de Jurisprudências, o Supremo Tribunal Federal adotou o reconhecimento como uma das novas concepções do princípio da isonomia. Nossa Suprema Corte utilizou de tal conceito para fundamentar ações afirmativas, como ocorreu na ADC n° 41/ DF, em que ficou confirmada a compatibilidade da Lei n° 12.990/2014 com a Constituição Federal de 1988, que propôs o implemento de cotas para pessoas negras em concurso público.

Em tal decisão, nota-se presente o princípio da igualdade como reconhecimento, sendo apontada a legitimidade das medidas sociais afirmativas como forma de proporcionar justiça e inclusão social de determinados segmentos da sociedade.

Tendo como relator o ministro Luís Roberto Barroso, nota-se a perspectiva com que se busca compreender o princípio da igualdade atualmente, tornando cada vez mais ampla e complexa sua atuação, como nota-se a seguir na decisão da ADC n° 41/ DF:

> Por fim, na questão da igualdade como reconhecimento, ela identifica a igualdade no que se refere ao respeito às minorias e ao tratamento da diferença de uma maneira geral. Assim, igualdade como reconhecimento significa respeitar as pessoas nas suas diferenças, mas procurar aproximá-las, igualando as oportunidades.[...]
>
> Portanto, penso que a Lei supera com facilidade o teste da igualdade, quer na sua dimensão de igualdade formal, quer na sua dimensão de igualdade material, quer na sua dimensão de igualdade como reconhecimento.

Em conclusão, o Ministro relator ainda ressalta a importância no âmbito psicológico das medidas afirmativas, mexendo com a autoestima das pessoas que pertencem as minorias, mostrando-as que é possível o pluralismo e a adversidade em ambientes mais luxuosos (BARROSO, 2017).

Por fim, Barroso (2017) ressalta as três áreas que mais necessitam de políticas que busquem promover a igualdade como reconhecimento no Brasil atual, quais são: os negros, as mulheres e os homossexuais/transgênicos.

Em destaque Renata Bôas (2001), nota que a discriminação racial foi enraizada em nossa sociedade devido à uma cultura escravocrata trazida pelos colonizadores. Em uma perspectiva histórica a abolição ainda é muito recente e os ideais de submissão entre negros e brancos ainda é muito evidente em nossos dias atuais, sendo notório um racismo institucionalizado.

A própria Lei Aurea não foi responsável por proporcionar aos negros um espaço propicio na sociedade, apenas os expulsaram das fazendas e os colaram desabrigados e sem empregos. Corroborou ainda o posicionamento do capitalismo em atribuir, de forma geral, aos negros trabalhos braçais, exigindo força física, mas pouca qualificação, o que auxiliou no aumento das diferenças econômicas e consequentemente de oportunidade (BÔAS, 2001).

Assim, seguindo Bôas (2001), devido a evidencia de uma sociedade racista, mesmo que de uma maneira oculta, evidencia a responsabilidade do Estado e a criação de políticas capazes de combater o racismo, sendo essencial também uma conscientização social visando proporcionar uma igualdade de fato para esse grupo especifico.

Em um âmbito feminista, Ana Luiza Gambogi Cardoso (2017) ressalta que o espaço feminino sempre foi reprimido no cenário social. Esse tipo de discriminação era legitimado até meados do século XIX, tendo sido de suma importância os movimentos revolucionários feministas para a conquista de alguns direitos basilares das mulheres, dentre eles os direitos eleitorais.

Em um cultura extremamente machista, a autora ressalta a importância das ações afirmativas para esse nicho social, evidenciando a importância dos direitos eleitorais. Demonstra ainda a necessidade de políticas que busquem exaltar o papel da mulher, destacando as políticas de cotas voltadas para as mulheres no âmbito do legislativo (CARDOSO, 2017).

Estudando informativos divulgados pelo STF CARDOSO (2017), comprovou-se ainda no referido estudo que aumentaram em 46,5% a participação das mulheres nas Eleições em Geral. Assim, conclui a autora que apesar de um tratamento normativo igualitário advindo da norma, essas políticas se tornam necessárias para que a mulher seja cada vez mais respeitada em seu meio.

Em desfecho, Barroso (2017) trata sobre os direitos dos homossexuais, em que devido as decisões do STF vem se desenvolvendo cada vez mais no âmbito nacional. Uma abrangência dos direitos dos homossexuais, se deu com a possibilidade de casamento definida pelo CNJ no ano de 2015, que regularizou os procedimentos em relação à esse grupo específico, o que corroborou para a implementação dos ideais de igualdade para essas pessoas.

2. O princípio da igualdade e as ações afirmativas

Marcus Vinicius Furtado Coêlho (2018), ex presidente nacional da OAB defende que o princípio da igualdade, tanto na perspectiva material, quanto na perspectiva formal são conceitos basilares da ordem constitucional brasileira

Ressalta ainda, que a Constituição Federal de 1988 busca além da igualdade formal, almejando igualar as diferenças que circundam as diferenças dos grupos sociais, o que concretiza também o princípio da igualdade material, tornando legitimas as medidas afirmativas. Coêlho (2018) descreve em relação à igualdade material:

> Igualdade essa, há muito, que não se esgota na premissa de que a lei trate a todos como iguais, mas exige que essa isonomia seja refletida, material e concretamente, nas relações sociais, nas oportunidades, na fruição de direitos e na dignidade de cada ser humano, parte constituinte dessa sociedade.

O autor destaca que a busca por justiça é indispensável para um Estado Democrático de Direito como o Brasil, devendo buscar sempre o respeito ao supra princípio da Dignidade da Pessoa Humana, sendo dever do Estado realizar políticas que auxiliem na criação de uma sociedade pluralista, fraterna e solidaria (COÊLHO, 2018).

Revela que para atingir a igualdade material, o Estado deve criar políticas de cunho universalista, que busquem atingir a todos os cidadãos brasileiros, porém, é responsável por implantar medidas afirmativas que atingem a determinados grupos. Em relação as segundas, algumas vantagens devem ser atribuídas à este público específico, devendo ter cunho temporário, e objetivar, unicamente, permitir a superação das desigualdades histórias que influenciam nas oportunidades presentes na vida dos que sofrem com algum tipo de discriminação (CÔELHO, 2018).

O autor ainda correlaciona essa atividade do Estado com os ideais de democracia que, devido as evoluções sociais, atribui ao princípio da igualdade o dever de possibilitar a capacidade de desenvolvimento individual de cada um dos brasileiros. *In verbis:*

> Por sua vez, o alcance da igualdade material demanda do Estado tanto políticas de cunho universalista, como ações afirmativas, que atingem determinados grupos e lhes atribuem certas vantagens, por um tempo limitado, permitindo a superação de desigualdades históricas. A adoção de tais políticas integraria o próprio cerne da democracia que, devido à evolução histórica e conceitual, alberga a isonomia como possibilidade de crescimento do indivíduo (COÊLHO, 2018).

Coêlho (2018), sob uma ótica distributiva apresentada pela Constituição, deve haver uma temperança em relação à aplicação do princípio da igualdade, devendo observar os grupos sociais e os tipos de interação entre si, para tomar as medidas adequadas para a inclusão de grupo excluídos e marginalizados.

Em uma perspectiva internacional, Flávia Piovesan (2017) divide as políticas de proteção dos Direitos Humanos em duas fases. Na primeira fase busca-se a igualdade formal sob uma perspectiva abstrata e genérica, buscando eliminar qualquer tipo de discriminação. Já a segunda fase é marcada por uma proteção especifica, que através de tratados almeja eliminar descriminações que afetam grupos determinados de forma desproporcional.

De acordo com a jurista PIOVESAN (2017), em toda descriminação há uma desmedida diferença de oportunidades, o que enseja na ofensa do Princípio da igualdade:

> Art. 1 da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação racial – define a discriminação como toda distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos e liberdades fundamentais. Logo a discriminação significa sempre desigualdade (PIOVESAN, 2017, p.354).

Segundo Piovesan (2017), as formas de discriminação são responsáveis por inibir a possibilidade de consolidação do pleno exercício de direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais. Desse modo, torna-se imprescindível para a consolidação da igualdade, a proibiçãoda discriminação, além da fomentação da criação de políticas compensatórias que busquem tornar mais célere e efetivo o implemento de tal direito na sociedade.

A autora ressalta que as ações afirmativas possuem um caráter de medidas especiais e temporárias, não devendo ser criadas com uma perspectiva *ad infinitum*, sendo ideal que essas tenham um limite estipulado em relação à sua vigência (PIOVESAN, 2017).

Piovesan (2017) evidencia ainda que as políticas positivas supracitadas possuem um panorama retrospectivo, buscando se tornar políticas compensatórias que almejam inibir efeitos resultantes de um passado discriminatório, mas também proporcionar mudanças que incentivam a inclusão social de grupos antes marginalizados.

Através dessa perspectiva, a jurista busca acelerar o processo igualitário e proporcionar igualdade substantiva à grupos tidos como vul-

neráveis no contexto social, buscando incentivar a diversidade e a pluralidade social.

Piovesan (2017, p. 355) defende ainda a necessidade da criação de medidas afirmativas, visto que a seu ver a não discriminação por si só é incapaz de proporcionar a inclusão. Ipsis litteris:

> Se o combate à discriminação é medida emergencial à implementação do direito à igualdade, todavia, por si só, é medida insuficiente. Faz-se necessário combinar a proibição da discriminação com políticas compensatórias que acelerem a igualdade enquanto processo. Isto é, para assegurar a igualdade não basta apenas proibir a discriminação, mediante legislação repressiva. São essenciais as estratégias promocionais capazes de estimular a inserção e inclusão de grupos socialmente vulneráveis nos espaços sociais.

Analisando a Recomendação n.18 e a n. 28 do Comitê de Direitos Humanos, Flávia Piovesan (2017) nota a presença do dever do Estado de criar medidas (legislativas, administrativas e judiciais) que perseguem a não discriminação, devendo também aderir a ações afirmativas pretendendo diminuir ou eliminar as causas que perpetuem a discriminação.

Em frente à causas discriminatórias, as ações afirmativas são consideradas legítimas e necessárias, segundo o supracitado órgão criado pela Organização das Nações Unidas, tornando-se imprescindível, nos dias atuais, a implantação de políticas que tenham a atenção voltada a públicos específicos, que não detêm as mesmas oportunidades que os demais.

Nota-se o binômio igualdade e não discriminação – principio fundante dos Direito Direitos Humanos-, como condição e requisito para o seu pleno exercício, que se tratam de direitos cogentes e inderrogáveis. Desse modo, justifica-se a necessidade do implemento de medidas capazes de inibir comportamentos discriminatórios com um caráter de urgência, na medida que tais comportamentos implicam no não exercício de direitos de caráter fundamental (PIOVESAN, 2017).

A defensora dos Direitos Humanos, Flávia Piovesan (2017) ainda atesta que as políticas estatais neutras poderão ser responsáveis por gerar uma discriminação indireta, já que corroboram para a manutenção e ela-

boração de segregações na sociedade, mantendo um estrutura de cunho injusto e desigual.

2.1 A necessidade e a legitimidade das ações afirmativas no Brasil Contemporâneo

Segundo Renata Malta Vilas Bôas (2001), mestre pela UFPE,as ações afirmativas são criadas pelo Estado, através de medidas espontâneas ou compulsórias, com a única finalidade de igualar as desigualdades existentes entre os cidadãos, criadas por diversas condições. Ressalta ainda que tais medidas não devem possuir um ação *ad eternum,* devendo ser criadas e aplicadas em situações especificas e bem determinadas.

Bôas (2001) ainda evidencia a importância de uma análise precisa de quais são as perdas das oportunidades, devendo ser estudadas os motivos responsáveis pela marginalização, pela exclusão e pela descriminação dessa parcela social.

Atribui também, como finalidade das denominadas discriminações positivas, a busca pela equiparação de grupos sociais, tidos como minoritários e de indivíduos que se encontram em uma situação mais desfavorável. Em vista disto, buscando promover tal integração social, as discriminações positivas perdem o seu caráter pejorativo, sendo utilizadas as medidas afirmativas para sua efetivação na sociedade (BÔAS, 2001).

No aspecto jurídico, Bôas (2001) acrescenta que o princípio da igualdade é efetivado através da reafirmação da não discriminação, o que muitas vezes gera uma confusão sobre a legitimidade de tal princípio.

A Bôas (2001, p.46)elabora alguns requisitos a serem alcançados para que não haja conflito entre o princípio da igualdade e as ações afirmativas, os quais são:

> a) a norma criada não venha a atingir um só indivíduo, ou seja, esteja em consonância com os princípios da generalidade e abstração da norma jurídica;
>
> b) realmente exista nas pessoas, coisas ou situações características e traços que sejam diferenciados;
>
> c) há uma correlação lógica entre os fatores diferenciadas existentes e a distinção que foi estabelecida;

> d) esta distinção estabelecida precisa ter um valor positivo, dentro do estabelecido pelo nosso ordenamento jurídico, através da Constituição Federal.

A doutrinadora, desse modo, deixa claro que a ações afirmativas não contratam com o princípio da igualdade, desde que os supracitados requisitos sejam atendidos.

Buscando defender os Direitos Fundamentais, a autora Renata Bôas (2001) analisa se as ditas discriminações positivas estariam em choque com as garantias Constitucionais. A busca pela efetivação da Dignidade da Pessoa Humana fez com que, pioneiramente a doutrina norte americana cria-se a função de não discriminação dos Direitos Fundamentais.

Através da referida teoria, atribui-se ao Estado o dever de agir, buscando proporcionar igualdade entre os cidadãos, criando as medidas afirmativas para as minorias devem ser criadas com o objetivo de equilibrar a igualdade de oportunidades. A autora enfatiza ainda:

> As ações afirmativas dever emergir como a construção da igualdade posta em movimento, e têm por objetivo um equilíbrio que efetive a igualdade de oportunidades, nunca em desfavor das minorias, mas sempre com a preocupação de limites garantidores da participação das minorias, do rompimento dos preconceitos, e não da criação de novos (BÔAS, 2001, p.48).

Em análise a Carta Maior da nossa nação, vê-se logo no preâmbulo o comprometimento social com uma sociedade embasada no ideal de igualdade. O constituinte atribuiu a este princípio maiores poderes, já que o coloca em destaque perante aos ideais constitucionais brasileiro. Assim, perante a nova conceituação desse princípio, é evidente que devem ser adotadas ações que proporcionem além da igualdade formal, a igualdade material e de oportunidades. Destacando o preâmbulo da Constituição Federal Brasileira (1988), observa-se:

> Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liber-

> dade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Analisando o potencial dessas leis, nota-se que a Constituição Federal não apenas autoriza a criação de medidas afirmativas, como utiliza de algumas descriminações positiva quando expressa suas próprias convicções. Assim, ressalta-se, além da necessidade a autenticidade da ações afirmativas no nosso ordenamento jurídico.

Considerações Finais

Dessarte, nota-se que para a efetivação do princípio da igualdade, devem ser observados diversos aspectos que vão além da igualdade perante a lei (igualdade formal), sendo o objetivo de tratar a todos de forma igualitária uma perspectiva fundamental, mas insuficiente para a garantia de uma igualdade efetiva.

As políticas de não discriminação devem ser criadas buscando inibir comportamentos geradores de desigualdade, porém o Estado torna-se o responsável por assumir uma postura mais ativa na criação de ações afirmativas que buscam gerar igualdade de fato entre os cidadãos.

As ações afirmativas, somente com a garantia da igualdade fáticas entre os cidadãos será possível concretizar no Brasil os ideais de democracia, visto que, a própria Constituição preza pelo bem-estar dos brasileiros, sendo a redução das desigualdades um conceito fundamental para a promoção do Bem Estar Social.

BIBLIOGRAFIA

BARROSO, L. R.; OSÓRIO, A. R. P. Sabe com quem está falando? Algumas notas sobre o Princípio da Igualdade no Brasil Contemporâneo. Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/SELA_Yale_palestra_igualdade_versao_fina.pdf>>, acesso em 25/07/2019

BÔAS, R. M. V; RABENHORST, R.E. Ações afirmativas: um reflexão sobre a efetivação do princípio da Igualdade. 2001. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós Graduação em direito. Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2001. Disponível em: <<https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/4857>:, acesso em 26/07/2019.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: DF: Senado, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC n° 41/ DF. Em defesa da Lei Federal 12.990/2014, a chamada Lei de Cotas. 2017. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4917166. Acesso em 25/07/19.

COÊLHO, M.V.F. Dimensões dos princípios da igualdade e a constitucionalidade das cotas raciais. 2018. Disponível em : <<https://www.conjur.com.br/2018-dez-23/constituicao-dimensoes-principio-igualdade-constitucionalidade-cotas-raciais>> acesso em 26/07/19.

FRASER, N. Reconhecimento sem ética?. São Paulo, 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n70/a06n70.pdf>>, acesso em 25/07/2019GOMES, Joaquim B. Barbosa. Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GRAMSTRUP,E. F. O princípio da Igualdade. Hottopos, 2019. Disponível em: <<http://www.hottopos.com/videtur1_7/erik.htm>>, acesso em 25/07/2019

PIOVESAN, F. Igualdade, proibição da discriminação e ações afirmativas. In: Temas de direitos humanos – 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. P. 349-358

CARDOSO, A.L.G. Ações Afirmativas de Inclusão da Mulher no Processo Eleitoral e o Estado Democrático de Direito. **Revista do CAAP.** Nº01. V. XXII. P.81-94. 2018. Disponível em: <<https://revistadocaap.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/download/438/395>>, acesso em 08/08/2019.

O ABUSO DO PODER ECONÔMICO NO SISTEMA ELEITORAL BRASILEIRO

Sálvia Souto Maior de Albuquerque
Dorinethe dos Santos Bentes

1. INTRODUÇÃO

A história política brasileira, infelizmente, é marcada por "jogo de poder". A história ocorre perante uma minoria que era dominante do exercício das funções, enquanto a maior parte da sociedade ficava à mercê das decisões da "oligarquia econômica". Esse ciclo, apesar de ter iniciado há muito tempo, permanece nas relações político-econômicas do país e é passível de ser identificado de diversas formas ao analisar o desenvolvimento eleitoral do Brasil pelo tempo.

No período Imperial, por exemplo, o Governo tinha pleno controle das eleições e fazia valer da sua vontade e de seus interesses de todas as formas que encontrava, através de armas fraudulentas como o suborno, a pressão e até o uso da coação. Além disso, as eleições eram limitadas aos homens com até 25 anos, ou seja, a maior parte da sociedade era excluída do uso da cidadania.

E mesmo no período da República, depois de garantidos direitos eleitorais importantes à sociedade, a figura do "coronel", um fazendeiro rico e poderoso, usava de suas influências para garantir que as eleições tomassem o rumo mais favorável a essa minoria dominante, através de armas como o voto de cabresto, um mecanismo tradicional de burlar as eleições que objetivava a compra de votos contra a vontade e consciência do eleitor. Outro exemplo forte da corrupção nas eleições, ainda nesse período

da história do país, foi a chamada "Política dos Governadores", idealizado pelo Presidente da época Campos Sales, esta ocorria através da troca de favores entre o Presidente e os Governadores estaduais, objetivando mútuo apoio político de maneira ilegal.

Na sociedade atual, o uso abusivo do dinheiro e do poder para influenciar as eleições e denegrir o pleno uso da cidadania encontrou outras maneiras de acontecer: métodos antigos como a compra de votos e a troca de favores, mesmo depois de tantos avanços na política eleitoral, continuam presentes no cotidiano político do país (e do mundo), mas surgiram novos meios como o uso abusivo de dinheiro por fontes privadas, principalmente, no processo de financiamento das campanhas eleitorais.

Mesmo dentro da legalidade, o uso irrestrito do dinheiro em campanhas eleitorais, através destes financiamentos, deixou claro que esta se tornou mais uma forma de manipular os sufragistas, e é esse "fenômeno" o principal fator que vem sendo combatido pelas modificações no sistema eleitoral na última década, tanto no Brasil quanto ao redor do mundo.

Afinal, de acordo com o art. 14 da Constituição Federal e Lei 4737/65, art. 1 do Código Eleitoral brasileiro, o sufragista tem a sua elegibilidade passiva e ativa garantidas legalmente, protegido de influências que ameacem o pleno uso de sua consciência. Isso demonstra que a relevância desse tema atinge todo cidadão que preza pela democracia do país, e a defende analisando e posicionando-se contra o abuso da economia na política eleitoral.

É preciso procurar entender o porquê de muitos países como a França procuraram financiamentos majoritariamente públicos em suas campanhas eleitorais, em contraposição a países como os Estados Unidos, onde o financiamento é misto mas tem a maior parte dos financiamentos originados de fontes privadas.

No entanto, seria injusto ignorar que o desenvolvimento de uma consciência mais democrática também parte do setor privado. Diversos órgãos e Institutos da economia admitem a sua responsabilidade perante a lisura do processo eleitoral. Um exemplo claro disso é o Instituto Ethos[35]

35 Instituto Ethos, segundo o site da instituição, foi "criado em 1998 por um grupo de empresários e executivos da iniciativa privada, o Instituto Ethos é um polo de organização de conhecimento, troca de experiências e desenvolvimento de ferramentas para auxiliar as empresas a analisar suas práticas de gestão e aprofundar seu compromisso com a responsabilidade social e o desenvolvimento sustentável".

cuja missão "é mobilizar, sensibilizar e ajudar as empresas a gerir seus negócios de forma socialmente responsável, tornando-as parceiras na construção de uma sociedade sustentável e justa."

E é óbvio que o próprio Governo brasileiro não poderia deixar de lado essa onda de democratização de sistemas eleitorais. As modificações ocorreram durante toda a última década, mas a principal modificação ocorreu em 2015 com a Reforma Eleitoral, e seus resultados perante a Constituição do país exemplificam a relevância de proteger a democracia mediante essa ameaça do poder econômico, portanto esse ainda é um tema cuja originalidade e relevância social estão presentes.

O artigo se desenvolve da seguinte forma: o financiamento público de campanhas eleitorais é exposto, utilizando França como exemplo de funcionalidade desse sistema na realidade do país, expondo as consequências desse tipo de financiamento nas eleições dessa nação dentro do contexto de mudanças mundial, o segundo tópico aborda o tipo privado de financiamentos de campanhas, utilizando Estados Unidos como exemplo de país cuja dinâmica do sistema eleitoral baseia-se, majoritariamente, em doações de fontes privadas. No terceiro tópico são expostas as modificações que ocorreram na Legislação brasileira com as Reformas e Minirreformas do Código eleitoral nos últimos 10 anos a fim de, principalmente, restringir o poder econômico. E no quarto tópico é exposto o funcionamento e dinâmica do sistema eleitoral brasileiro, enfatizando o modo como o poder econômico abusava das eleições brasileiras, e o que se transformou com as mudanças que ocorreram.

É importante ressaltar que todos os países citados possuem ambos os tipos de financiamentos, porque são raras as exceções, no mundo atual, de países cujo sistema eleitoral baseia-se em apenas um tipo de financiamento político. No entanto, a presença de um modelo de financiamento sendo sobreposto exorbitantemente ao outro é uma realidade de todos estes, por isso há a possibilidade de usá-los como exemplos.

O desenvolvimento deste artigo busca não uma polarização da verdade, porque como é citado, não existem sistemas ilesos a falhas ou corrupção, o posicionamento deste artigo é favorável a defesa da democracia nos países e a transparência do sistema eleitoral perante não somente os cidadãos brasileiros, mas todo o mundo.

2. FINANCIAMENTOS PÚBLICOS

Não somente no Brasil tem-se discutido a lisura de financiamentos empresariais nas campanhas. Em diversos países como a França e Portugal, a preferência por um sistema de financiamento eleitoral majoritariamente público, ou seja, com a proibição de doações por pessoas jurídicas, demonstra que os países têm buscado mudanças no modo como funcionam as sociedades, no sentido de tentar, de certo modo, afastar o poder das mãos de "minorias privilegiadas", diminuindo a todo custo a influência abusiva do poder econômico.

O argumento dos defensores de um financiamento público argumentam que o político, ao ser eleito tendo sido "favorecido" através de recursos financeiros por grandes empresas, tem o dever de cumprir esse "favor" e beneficiá-las em troca de certa forma, sendo esse um processo ilegal e, portanto, que fere a democracia. Além disso, quanto mais dinheiro investido em uma campanha, maiores são as chances de ganhar, porque a propaganda, seja ela através de cartazes ou tempo nas grandes emissoras de TV, será proporcional ao dinheiro investido (em alguns países). Henrique Fontana, deputado federal, cita em uma entrevista para "Carta Maior" a desigualdade que os milhões de reais oferecidos pelas empresas a certas campanhas gera no sistema eleitoral brasileiro.

2.1 FINANCIAMENTO ELEITORAL E PARTIDÁRIO NA FRANÇA

A França em 1995 protagonizou uma Reforma em seu Código Eleitoral, e, devido á escândalos com financiamentos ocultos à certos partidos, hoje faz preferência por um sistema público em seu processo eleitoral, ou seja, não há como pessoas jurídicas fornecerem verbas á partidos e candidatos para auxiliar na influência destes nas eleições (permite apenas a doação através de pessoas físicas com teto de gastos estabelecido), o Estado francês contribui substancialmente para as campanhas eleitorais, e o uso de dinheiro público nas campanhas possui um limite de gastos, que varia de acordo com o tipo de eleição (BAKES. 2003, p. 12 e 13).

A Lei francesa que dispõe sobre recursos públicos diferencia os vinculados à candidatos e partidos. Financiamentos públicos para candidatos

acontecem através de reembolsos a estes após a eleição, e com um teto estabelecido para evitar a "corrida de gastos". E quanto a doações "privadas" são permitidas apenas doações de pessoas físicas, com um teto de 4600 euros por pessoa, que muda a cada eleição de acordo com a correção monetária. Caso o candidato não obedeça o teto estabelecido, não poderá receber o financiamento público de parte da campanha, que foi o que aconteceu com o ex-presidente Nicolas Sarkozy.

O financiamento partidário na França é constituído de créditos no "projeto de leis de finanças anuais" e se dividem em duas frações, segundo Ana Luiza Backes (FINANCIAMENTO PARTIDÁRIO E ELEITORAL: ALEMANHA, FRANÇA, PORTUGAL E ESPANHA, 2013):

> i) a primeira metade é distribuída para os partidos que tenham conquistado pelo menos um por cento dos votos em pelo menos 50 das circunscrições na última eleição para a Assembleia Nacional, ou, no caso das circunscrições de além mar e de Saint-Pierreet-Miquelon, Saint-Barthélemy, Saint-Martin, Mayotte, Nouvelle-Calédonie, Polynésie française e das ilhas Wallis e Futuna, para os partidos cujos candidatos tenham ali obtido pelo menos 1 % dos votos. A distribuição é feita proporcionalmente ao número de votos obtidos no primeiro turno pelos candidatos não declarados inelegíveis;
>
> ii) a segunda metade do fundo público é distribuída aos beneficiários da primeira fração, na proporção do número de deputados e senadores filiados ao partido.

E quanto ao financiamento partidário privado, é proibido o investimento de pessoas jurídicas e novamente são permitidos para pessoas físicas, com o limite de 7.500 euros anuais, de acordo com o artigo 11-4 da Lei 88-227/88.

No entanto, ainda existem lacunas nessa lei francesa: para arrecadar mais apoio financeiro nas eleições partidos e candidatos podem criar micropartidos de apoio, conseguindo assim que pessoas físicas doem mais do que o estabelecido no teto de gastos (já que o sistema permite que partidos doem uma certa quantia entre si que é superior à estabelecida às pessoas

físicas) uma situação semelhante ao sistema de "soft money"[36] norte americano, isso comprova que o sistema público de financiamento também não está ileso à formas de corrupção.

É importante também dispor sobre a propaganda eleitoral francesa, afinal é de extrema importância para a lisura desse processo democrático. Desde o começo das suas propagandas, o órgão da Justiça eleitoral francesa aparece entre os comerciais de TV e discursos dos partidos franceses, para demonstrar que está sempre presente no processo eleitoral, fiscalizando e comandando. Diferentemente do Brasil, a divisão do tempo de partidos e candidatos é mais equilibrada, e não há espaço para discurso ideológico, promessas ou obras. Em relação ao conteúdo de blogs ou outros veículos de emissão de opinião, a lei francesa não dispõe de leis que restrinjam esse direito, em nome da liberdade de expressão que tanto prezam.

3. FINANCIAMENTOS PRIVADOS

O financiamento eleitoral privado tem causado muita discussão entre especialistas, estudiosos da justiça eleitoral e, principalmente, entre cidadãos ao redor do mundo. O dinheiro ou o seu investimento em campanhas eleitorais apresenta certa influência no sistema eleitoral que preocupa sufragistas sobre a transparência e realidade do resultado das eleições.

No Brasil, por exemplo, financiamento empresarial é o que mais preocupava os eleitores antes da Reforma Eleitoral de 2015. De acordo com uma pesquisa feita pelo Instituto Datafolha, encomendada pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), divulgada em julho de 2015, 74% dos brasileiros são contra o financiamento de campanha por empresas privadas, e segundo o mesmo levantamento, 79% dos entrevistados acreditam que as doações de empresas estimulam a corrupção.

Os defensores da proibição de verbas empresariais nas eleições afirmam que essa não seria uma doação, e sim um investimento dessas empresas á candidatos que, caso fossem eleitos, beneficiariam estas de certa forma, através de vantagens em licitações públicas, por exemplo. E essa é uma situação que, infelizmente, já ocorreu diversas vezes no Brasil, devido

36 Soft Money é uma expressão do sistema de financiamento estadunidense que se refere ao dinheiro doado, tanto por pessoas físicas como jurídicas, a partidos políticos, organizações e grupos que não sejam o comitê de campanha do candidato

aos escândalos de financiamentos milionários pelas empresas que se utilizam do caixa 2, que é o caixa onde fica o dinheiro desviado, não contabilizado, e muito menos declarado aos órgãos de fiscalização responsáveis.

Os países que se utilizam de financiamentos majoritariamente privados buscam meios de restringir a influência do poder econômico, através da criação de órgãos que fiscalizem essas contas e negociações. Além disso, muitos institutos do próprio poder econômico, como o Instituto Ethos[37], por exemplo, prezam por maior lisura no sistema democrático dos países, através de maior responsabilidade social por parte do setor privado.

Para os defensores do sistema privado de financiamento, a proibição traz muitas consequências negativas, como a vantagem de grandes partidos aos menores, pelo menos no Brasil, onde o Fundo Partidário dá vantagens aos menores porque quanto maior número de representantes no Congresso, mais recursos oferecidos a estes, dificultando o crescimento de partidos menores. Outro argumento mais "polêmico" é que a mudança para financiamento público ocasiona uma vantagem aos partidos que já estejam no poder, pois para estes é mais fácil desviar recursos a fim auxiliar as próprias campanhas.

Esse artigo irá, portanto, aprofundar-se sobre financiamento privado analisando a realidade de alguns países que tem em suas campanhas eleitorais a preferência por arrecadação de dinheiro através de investimentos do setor econômico, como os Estados Unidos.

3.1 FINANCIAMENTO PRIVADO ELEITORAL E PARTIDÁRIO NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

No sistema estadunidense, existem algumas formas de financiamentos de campanha, sendo a maior parte vinda de doações privadas, através de pessoas físicas, autofinanciamento, através dos comitês de ações políticas (PACs), ou, depois de uma decisão da Corte Suprema em 2010, o dinheiro também pode ter fonte nos superPACs.[38]

---

37 O **Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social** é uma Oscip cuja missão é mobilizar, sensibilizar e ajudar as empresas a gerir seus negócios de forma socialmente responsável, tornando-as parceiras na construção de uma sociedade justa e sustentável. (http://www3.ethos.org.br/)

38 CORRÊA, Alessandra. Citado na reportagem para o site BBC Brasil "Financiamento de cam-

O limite estabelecido para os financiamentos de pessoas físicas é 2,5 mil à um candidato por ciclo eleitoral (e existem dois ciclos no ano eleitoral, o primário, no início do ano, e o das eleições em novembro) ou 30,8 mil ao comitê de partido político. Os PACs (Political Action Comitees), são um dos grupos mais conhecidos que fazem a arrecadação de dinheiro para campanhas eleitorais nos Estados Unidos. O dinheiro que tem fonte no individuo ou por esses comitês (PACs) recebem o nome "Hard Money".

Apesar de serem proibidas empresas e sindicatos de contribuírem para partidos e candidatos diretamente, a polêmica criação dos superPACs permite que, com arrecadação ilimitada de recursos, esses comitês possam fazer propagandas favoráveis ou desfavoráveis a esses candidatos e partidos. Por não estar regulado pelas leis eleitorais, o setor privado faz uso dos SuperPACs para sustentar as contribuições milionárias nas campanhas eleitorais, esse dinheiro é o que chamam de "Soft Money" do sistema.

Como já citado anteriormente, as campanhas estadunidenses para cargos federais também podem ter fontes públicas. No entanto, enquanto o sistema privado de financiamento não condiciona limites, ou seja, não há teto de gastos, o financiamento público restringe o valor total a ser gasto na campanha. Além disso, para conseguir o financiamento público é preciso arrecadar certa quantia inicial por conta própria. Por esses motivos, a maior parte desses candidatos preferem abrir mão do financiamento público em suas campanhas.

Outra particularidade desse país é que, devido ao seu caráter extremamente federativo, essas regras de campanha para cargos estaduais podem mudar de um para outro, mas a grande parte dos estados define que para optar por financiamento público, o candidato deve abrir mão do privado e vice-versa. Ou seja, de certo modo pode-se dizer que as campanhas são restritivamente públicas ou privadas.

Essa liberdade no sistema norte-americano também se manifesta nas propagandas eleitorais do país, como outra forma do poder econômico de influenciar o processo eleitoral. De acordo com a Socióloga e especialista em Sociologia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) Ana Luiza Backes, em seu estudo "Legislação sobre propaganda eleitoral e uso da internet nas campanhas eleitorais":

---

panhas: modelos nos EUA, França e Grã-Bretanha geram polêmica" em 15 de julho de 2013.

> As tentativas de controlar os gastos de propaganda e o abuso do poder econômico nas eleições norte-americanas tem esbarrado na interpretação dada pela Suprema Corte à Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos, que assegura ampla liberdade de opinião e expressão aos cidadãos do país. Em uma conhecida decisão de 1976 (Buckley vs. Valeo), a Corte derrubou as limitações estabelecidas em lei quanto aos gastos de comunicação dos indivíduos e grupos de interesse, pois o estabelecimento de limites para as despesas de comunicação constituiria uma restrição ilícita à liberdade de expressão. Foram permitidos apenas limites às doações diretas aos partidos e candidatos, justificados pela necessidade de proteger a administração pública da corrupção gerada pela troca de influência entre doadores e administradores.

Portanto, como Backes diz, o princípio da Constituição que defende a liberdade de opinião e expressão do país acaba por não permitir que o Governo do país adote medidas para diminuir a influência do poder econômico perante a lisura das eleições. Uma tentativa de dois senadores estadunidenses de deter esse poder resultou na Lei McCain-Feingold de 2002, que restringia o poder do setor privado através de restrições ao uso do "soft Money" nas propagandas eleitorais. Depois de diversas interpretações dessa lei, em 2007 a Suprema Corte decidiu ser inconstitucional os princípios que a mesma previa, então atualmente é proibida qualquer restrição ao setor privado e corporações quanto ao financiamento das propagandas eleitorais, salvo aquelas que são anúncios explicitamente eleitorais, ou seja, que dizem diretamente ao eleitor em quem deve votar, ou que fazem críticas a candidatos.

4. BREVE ANÁLISE DAS MODIFICAÇÕES NO SISTEMA ELEITORAL BRASILEIRO NA ÚLTIMA DÉCADA

A busca por maior lisura nas eleições brasileiras é um constante objetivo da realidade social do país no século XXI, principalmente devido á ameaça do poder econômico perante a lisura do sistema político. Para lutar contra essas investidas, o sistema eleitoral sofreu algumas relevantes modificações nos últimos dez anos. Depois de feita a análise sobre financiamentos privados e públicos em outras nações, fica mais claro e possível

a análise do sistema de um país com tantas peculiaridades históricas e culturais como o Brasil. Por isso, serão aprofundados os estudos perante as Minirreformas de 2013 e a Reforma eleitoral de 2015, procurando coloca-las no contexto de restrição do setor econômico e corrupção no Brasil.

4.1 MINIRREFORMA ELEITORAL (2013)

A terceira Minirreforma eleitoral ocorreu em 2013, aprovada pelo Congresso Nacional em 20/11/2013, por intermédio do Projeto de Lei n.º 441, de 2012 (no 6.397/13 na Câmara dos Deputados), alterando dispositivos da Lei dos Partidos Políticos (Lei n.º 9.096/95), da Lei das Eleições (Lei n.º 9.504/97) e do Código Eleitoral (Lei n.º 4.737/65).

A minirreforma de 2013 teve como principal finalidade a diminuição do custo de campanhas, com a fixação de limites para contratação direta ou terceirizada de pessoal para prestação de serviços referentes a atividades de militância e mobilização de rua em prol de certas campanhas eleitorais, além de limites nas campanhas eleitorais para gastos de campanha com alimentação de pessoal, aluguel de veículos e contratação de cabos eleitorais. Ou seja, procurou através da limitação de recursos "menores" nas campanhas eleitorais, certa restrição ao uso do poder econômico nas eleições.

Além disso, assim como a minirreforma de 2006, também dispôs sobre a veiculação da campanha eleitoral, e sobre prestação de contas formal pela Justiça eleitoral, dando maior atenção à importância da fiscalização nas atuais eleições, para evitar o uso abusivo do poder político e econômico.

4.2 REFORMA ELEITORAL DE 2015

A reforma mais recente e talvez a mais relevante da última década brasileira foi a de 2015. Uma de suas modificações mais importantes foi a proibição de doações feitas por empresas á campanhas eleitorais. No período de 1993-2014 o setor privado podia fazer doações com o limite de 2% do seu faturamento bruto do ano anterior, e isso permitia o caos de campanhas eleitorais milionárias, que aumentavam as chances de partidos e candidatos que tinham muitos recursos e investiam nisso em detrimento daqueles que recebiam poucas verbas, e isso aumentava cada vez mais a desigualdade nas campanhas eleitorais, influenciando os cidadãos, e tornan-

do o processo eleitoral um "jogo de poder" nas mãos do setor privado. De acordo com as palavras do Ministro do STF Luiz Fux, relator da ação que pedia o fim do financiamento eleitoral pelo setor privado, o quadro em que havia chegado o país era absolutamente caótico porque o poder econômico capturava de maneira ilícita o poder político, tamanha influência que representava no processo eleitoral.

No entanto, assim como na França, continuam permitidas as doações através de pessoas físicas com limites de gastos, mas essa decisão é criticada por sugerir uma lacuna na lei, pois facilmente sócios ou donos de empresas podem doar através dessa norma como pessoas físicas, o que sugere uma nova forma de corrupção que deve ser fiscalizada e combatida no sistema eleitoral. Portanto, o financiamento de campanhas no Brasil agora é feito apenas pela doação de pessoas físicas e também através do Fundo partidário[39].

O tempo de propaganda eleitoral também foi diminuído, o que diminui as chances de uma influência abusiva de setores midiáticos no processo eleitoral, mas também diminui as chances de partidos e candidatos menores e pouco conhecidos, de se tornarem conhecidos e chamar a atenção da massa. Portanto, esse é um ponto também muito criticado da Reforma.

Por fim, a fiscalização das campanhas também ganhou normas mais rígidas perante a prestação de contas nas eleições, nos termos do art. 37-A da Lei nº 9.096/95, incluído pela reforma eleitoral, "a falta de prestação de contas implicará a suspensão de novas cotas do Fundo Partidário enquanto perdurar a inadimplência e sujeitará os responsáveis às penas da lei". Assim, enquanto o partido político não prestar constas à Justiça Eleitoral ficará ele impedido de receber Fundo Partidário.

5. SISTEMA ELEITORAL BRASILEIRO E ABUSO DO PODER ECONÔMICO: O QUE MUDOU?

Atualmente, o Brasil utiliza-se de um sistema misto de financiamento de campanha, mas com uma preferência pelo financiamento público depois da proibição de pessoas jurídicas de fazerem financia-

39 O **Fundo Partidário** é o nome popular dado ao Fundo de Assistência Financeira aos Partidos Políticos. Esse fundo foi criado em 1965, no governo de Castello Branco, no início da ditadura militar, para promover recursos de origem do setor público para financiar os partidos.

mento as campanhas, modificação realizada pela Reforma de 2015, citada anteriormente.

A Constituição brasileira de 1988 traz a certeza de que "todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente"[40]. Esse processo de representatividade ocorre, principalmente, na troca de poderes de um povo para um candidato através do voto, ou seja, a escolha periódica de candidatos que, de acordo com o cargo a que concorre, devem fazer de sua carreira política uma "ponte" entre o interesse e necessidade do povo com os instrumentos governamentais que tornem essas mudanças possíveis e favoráveis a todos.

Os partidos políticos e os candidatos identificados a eles tornam-se atores principais nesse processo, visto que assumem o papel de catalisadores dos projetos de preferência do eleitorado (CARLOS VINICIOS DE OLIVEIRA CAVALCANTE, 2011). No entanto, o decurso eleitoral em uma democracia representativa como a brasileira se dispõe, não somente da confiança depositada no candidato que receberá o voto, mas em toda a lisura do sistema político-econômico por trás desse processo.

Com o passar do tempo houve um deslocamento da atenção do eleitorado, se antes este se preocupava com a transparência nos discursos, ou com a real possibilidade das propostas citadas pelos futuros eleitos, agora essa atenção volta-se para a qualidade e a técnica desse discurso, para o carisma da figura política ou até para os recursos da sua campanha, que são mais atrativos ou mais expostos pela mídia. A construção de verdadeiros "heróis" em propagandas eleitorais atuais pode ser uma das justificativas da "crise da representatividade" que é vivida no eleitorado brasileiro.

Esse crescimento do papel "hollywoodiano" nas campanhas eleitorais fez com que o poder econômico encontrasse um espaço e uma importância cada vez maiores nas eleições. Surgem figuras, por exemplo, como a do "marqueteiro" o verdadeiro "mago das eleições", ditando o rumo das eleições através dos recursos propagandísticos e das postulações.

As campanhas eleitorais ganham "fórmulas": a linguagem do discurso são cada vez mais próximas de linguagens publicitárias, enquanto recursos milionários são investidos em campanhas singulares. Em contra-

40 Referência ao artigo 1º da CF/88, parágrafo único.

partida, cada vez menos se é falado sobre os verdadeiros sentidos de uma candidatura e das propostas do candidato perante a sociedade.

Como todo sistema do mundo atual, esse processo de campanhas e propagandas eleitorais precisa de dinheiro para manter o seu funcionamento, e é a partir deste fator que a democracia passou a sofrer ameaças, que resultaram em todas as modificações e reformas já citadas nesse artigo.

Não é correto dizer que, depois de todas as modificações ocorridas, a política brasileira está livre de qualquer intervenção do setor privado que possa se tornar uma ameaça à sua integridade democrática. A discussão só terá um fim quando uma nação demonstrar que está totalmente livre de corrupção, que seu sistema é absolutamente transparente e justo. Mas como foi demonstrado nesse artigo, tanto países com financiamentos majoritariamente ou totalmente privados e públicos ainda possuem lacunas nas leis e, portanto, aberturas para intervenções econômicas abusivas e originadas de partes minoritárias da sociedade.

As mudanças ocorridas no Código eleitoral brasileiro nos últimos dez anos do país demonstram que a política tem se importado com a lisura do processo eleitoral, procurando torna-lo transparente e igualitário para todos e livre de influências, para que o exercício de cidadania do país corresponda ao que a população realmente precisa: Justiça.

6. CONCLUSÃO

A busca por eleições mais justas trouxe ao Brasil uma "onda" de mudanças no Código eleitoral, que tomou as formas das Reformas (ou minirreformas) eleitorais que ocorreram na última década com objetivo de melhor formular o Código eleitoral brasileiro.

Essas mudanças estão, gradativamente, mudando a forma como ocorre a campanha e propaganda eleitoral no país, mas ainda há muito a ser feito. A permanência de doações á campanhas por pessoas físicas ainda é algo a ser mudado, e ainda existem muitas lacunas no código eleitoral que precisam de restrições e ajustes.

Por isso, essa é uma discussão ainda muito presente e necessária entre os cidadãos brasileiros. É preciso que o povo acredite que tem poder de exigir os seus direitos, porque para o absoluto cumprimento dos preceitos do Código eleitoral do país deve haver a conquista de sistemas eleitorais

mais justos e que demonstrem perfeitamente a vontade do sufragista nas urnas, livre de influências de qualquer fonte.

REFERÊNCIAS

BACKES, Ana Luiza. Financiamento Partidário e Eleitoral: Alemanha, França, Portugal e Espanha. Brasília, 2003. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/areas-da-conle/tema3/2012_22272.pdf>. Acesso: 15 de agosto 2016.

BACKES, Ana Luiza. Legislação sobre Propaganda Eleitoral nos EUA, data de criação não disponível.

BARREIROS, Jaimes Neto. Histórico do processo eleitoral brasileiro e retrospectiva das eleições. Junho de 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12872/historico-do-processo-eleitoral-brasileiro-e-retrospectiva-das-eleicoes>. Acesso em: 18 agosto 2016.

BRASIL. Lei Federal nº 9.096 de 19 de Setembro de 1995. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9096.htm>. Acesso em: 18 de agosto 2016.

BRASIL. Lei Federal nº 11.300, de 10 de maio de 2006. Dispõe sobre propaganda, financiamento e prestação de contas das despesas com campanhas eleitorais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11300.htm>. Acesso em: 20 de agosto 2016.

BRASIL. Lei Federal nº 12.034, de 29 de setembro de 2009. Dispõe sobre a alteração das Lei dos Partidos Políticos, que estabelece normas para as eleições e do Código Eleitoral. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12034.htm>. Acesso em: 19 de agosto 2016.

BRASIL. Lei Federal n.º 4737 de 15 de julho de 1965. Dispõe sobre normas destinadas a assegurar a organização e o exercício de direitos políticos precipuamente os de votar e ser votado. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm >. Acesso em: 19 de agosto 2016.

BRASIL. Capítulo IV, art. 14 da Constituição Federal de 1988. Dispõe sobre a soberania popular exercida através do sufrágio universal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm >. Acesso em: 20 de agosto de 2016.

CAVALCANTE, Carlos Vinicios de Oliveira. O preço da democracia: O financiamento das campanhas eleitorais no Brasil e suas implicações para a competição política a partir da análise da campanha para o senado em 2006. Pós-Graduação em Ciências Sociais, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas.

CORRÊA, Alessandra. Financiamento de campanhas: modelos nos EUA, França e Grã-Bretanha geram polêmica. 15 de julho de 2013. BBC BRASIL. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/07/130710_financiamento_eleicoes_dg#share-tools>. Acesso em: 16 agosto 2016.

JABERG, Samuel. Contas de campanhas não revelarão seus segredos. 17 de Junho de 2015. Swissinfo.ch. Disponível em: <http://www.swissinfo.ch/por/financiamento-pol%C3%ADtico-da-su%C3%AD%C3%A7a-_contas-de-campanhas-n%C3%A3o-revelar%C3%A3o--seus-segredos/41483854?ns_mchannel=rss>. Acesso em: 17 de agosto 2016.

NÓBREGA, Guilherme. Minirreforma eleitoral e a hipocrisia da classe política. 13 de janeiro de 2010. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/a-minirreforma-eleitoral-e-a-hipocrisia-da-classe-politica>. Acesso em: 15 de agosto de 2016.

PORTUGAL. Lei Federal nº 19 de 2003, art. 5º. Dispõe sobre a subvenção pública para partidos políticos. Disponível em: < http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=747&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo= >. Acesso: 16 de agosto 2016.

RAMALHO, Renan. Supremo proíbe doação de empresas para campanhas eleitorais. 17 de setembro de 2015. O Globo. Disponível em: < http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/09/supremo-decide-proibir--doacoes-de-empresas-para-campanhas-eleitorais.html >. Acesso em: 20 de agosto 2016.

RASKIN, Jamin; BONIFAZ, John. O imperativo Constitucional e e Superioridade de eleições financiadas democraticamente. 1994. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1250&context=ylpr>. Acesso em: 17 de agosto 2016.

RIBEIRO, Ana Paula. Crises globais: do 'crash' de 1929 à Grande Recessão. 4 de junho de 2015. O Globo. Disponível em: < http://oglobo.globo.com/economia/crises-globais-do-crash-de-1929-grande-recessao-16350720 >. Acesso em: 19 agosto 2016.

SCHREIBER, Mariana. Defendido pelo PT, financiamento de campanha 100% público só existe em um país, 30 de junho de 2015. BBC BRASIL. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/03/150330_financiamento_butao_ms> Acesso em: 18 agosto 2016.

SOUZA, André. Três em cada quatro brasileiros são contra o financiamento de campanha por empresas privadas. 6 de Julho de 2015. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/brasil/datafolha-tres-em-cada-quatro-brasileiros-sao-contra-financiamento-de-campanha-por-empresas-privadas-16672767 >. Acesso em: 20 agosto 2016.

SUÍÇA. Lei Federal, Cap. II, art. 34º. Dispõe sobre direitos políticos e a formação de livre opinião no processo eleitoral. Disponível em: <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19995395/201506140000/101.pdf>. Acesso em: 18 de agosto 2016.

WEISSHEIMER, Marco Aurélio. Reforma Política: "silêncio dos financiadores é muito grande". 27 de agosto de 2013. Carta Maior. Disponível em: < http://cartamaior.com.br/?/Editoria/Politica/Reforma-Politica-%27silencio-dos-financiadores-e-muito-grande%27/4/28502 >. Acesso em: 19 agosto 2016.

ZURIQUE, Alexander Thoele. O sistema eleitoral suíço funciona na base da confiança. 20 de outubro de 2015. Swissinfo.ch. Disponível em: < http://www.swissinfo.ch/democraciadireta/observador-eleitoral-_-o-sistema-eleitoral-su%C3%AD%C3%A7o-funciona-na-base-da-confian%C3%A7a-/41729116 >. Acesso em: 21 agosto 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTICA & O DIREITO AMBIENTAL.

Bárbara Dias Cabral

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal, lei maior do País, instituiu em seu artigo 225 (BRASIL, 1988) o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito humano fundamental. Além de ser direito, é dever de todos – civis e militares, servidores e cidadãos – preservar tal equilíbrio para as presentes e futuras gerações.

Para que o Estado possa fazer sua parte nas questões ambientais deve obedecer aos preceitos da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81). Em especial, deve ater-se ao princípio da ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo (art. 2º, I).

O Conselho Nacional de Justiça é órgão do Poder Judiciário criado pela Emenda Constitucional (EC) nº. 45 de 30 de dezembro de 2004 e instalado no dia 14 de junho de 2005 com a finalidade de controlar a atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e o cumprimento dos deveres funcionais dos juízes. Como tal, busca conformar-se os objetivos e metas da Política Ambiental Brasileira.

De que forma o CNJ tem contribuido para cumprir os precitos da Política Naiconal do Meio Ambiente? O trabalho justifIca-se pela necessidade em apresentar ao mundo acadêmico atuação ambiental do CNJ, ocorridas para se amoldar as preementes necessidades de sustentabilidade do País.

A princípio, o trabalho se propõe a abordar algumas observações sobre criação e competências das unidades ou núcleos socioambientais nos órgãos e conselhos do Poder Judiciário e implantação do respectivo Plano de Logística Sustentável. Num segundo momento, apresentará informações sobre os princípios da gestão participativa e democrática e sobre as modalidades de participação.

Por fim, destacará pontos importantes referentes à Agenda 2030 e o CNJ. O trabalho tem por objetivo tecer comentários algumas Resoluções e Portarias do CNJ com conteúdo ambiental. A pesquisa tipifica-se em qualitativa, bibliográfica e interpretativa.

1. RESOLUÇÃO 201, DE 3 DE MARÇO DE 2015

Os órgãos e conselhos do Poder Judiciário, em sua totalidade, sem exceções, foram instigados a criar unidades ou núcleos socioambientais, estabelecer suas competências, bem como implantar um Plano de Logística Sustentável. É o que estabelece a Resolução nº 201, de 3 de março de 2015, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). O dispositivo determina também que se adotem modelos de gestão organizacional e de processos estruturados para promoção da sustentabilidade ambiental, econômica e social.

Sobre esta questão o capítulo tratará. Primeiro, abordará a criação das unidades ou núcleos socioambientais no poder judiciário e suas competências, seguido pelo do Plano de Logística Sustentável do Poder Judiciário.

1.1 DA CRIAÇÃO DAS UNIDADES OU NÚCLEOS SOCIOAMBIENTAIS NO PODER JUDICIÁRIO E SUAS COMPETÊNCIAS

As unidades ou núcleos socioambientais foram criados no prazo máximo de 120 dias, a contar da data da publicação da Resolução 201/2015, do CNJ. Esses setores –preferencialmente subordinados à alta administração dos órgãos – possuem caráter permanente para planejamento, implementação, monitoramento de metas anuais e avaliação de indicadores de desempenho. Além disso, eles estimulam a reflexão e a mudança dos padrões de compra, consumo e gestão documental do Poder Judiciário.

Tal Resolução veio para sanar a lacuna na estrutura das organizações judiciárias que careciam de medidas socioambientais na execução de suas atividades. Impõe o artigo 225 da Constituição Federal ao poder público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

Tem por dever estimular a reflexão e a mudança dos padrões de compra, consumo e gestão documental dos órgãos do Poder Judiciário, bem como do corpo funcional e força de trabalho auxiliar de cada instituição. Também deve reduzir impacto negativo das atividades do órgão no meio ambiente com a adequada gestão dos resíduos gerados, entre outras atribuições.

Fundamentou-se a criação da referida Resolução, entre outros documentos, nas Recomendações CNJ nº 11/2007 e nº 27/2009, que tratam da inclusão de práticas de socioambientais nas atividades rotineiras dos tribunais e a necessidade de atualizá-la no PJe. Considerou a efetiva influência do Poder Público na atividade econômica nacional, especialmente por meio das contratações necessárias para o bom desenvolvimento de suas atividades e efetiva prestação de serviços ao público em geral e a importância de ações planejadas e continuadas ligadas à mobilização e sensibilização para questões socioambientais no âmbito do Poder Judiciário.

Ora, se é dever do Poder Público zelar pela sustentabilidade, por que apenas em 2015 tomou-se a iniciativa de tratar forma efetiva do tema no Judiciário - Poder guardião da Carta Magna? Outro fator que aumenta a responsabilidade do Judiciário frente à questão está explicitado nos "Macrodesafios do Poder Judiciário Nacional 2015-2020", onde a responsabilidade socioambiental é matéria primaz na efetiva garantia dos direitos de cidadania.

Instituído pela Resolução nº 198/2014, de 1º de julho de 2014, o referido documento aponta como atributos de valor para a sociedade a Responsabilidade Social e Ambiental. Também traz como um dos macrodesafios do Poder Judiciário **a** Garantia dos direitos de cidadania.

Em suma, estas novas unidades e núcleos socioambientais vieram para solidificar a responsabilidade socioambiental no setor público, ao estabelecer que os instrumentos das políticas públicas e programas governamentais deverão compatibilizar-se com os princípios, objetivos, diretrizes e instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente.

Um exemplo de implementação da Resolução em análise é o Núcleo socioambiental do TRE-AM O TSE, por sua vez, editou, em abril de 2016, a Resolução n. 23.474, dispondo sobre a mesma matéria no âmbito dos Tribunais Eleitorais e implantação do respectivo Plano de Logística Sustentável da Justiça Eleitoral (PLS-JE). (TRE-AM, 2016).

Para atender a estes normativos, foi criado o Núcleo socioambiental do TRE-AM, que já está desenvolvendo ações em prol da sustentabilidade nos processos de trabalho deste regional, bem como o incentivo aos candidatos a cargos eletivos a adotarem um comportamento mais comprometido com a preservação do meio ambiente.

No órgãos do Judiciário do Brasil inteiro há exemplos de cumprimento da Resolução. Cumpre aqui apenas apresentar um modelo de atuação de um núcleo socioambiental cuja atuação teve o devido destaque.

1.2 DO PLANO DE LOGÍSTICA SUSTENTÁVEL DO PODER JUDICIÁRIO (PLS-PJ)

Consoante o capítulo II da supramencionada Resolução do CNJ, o Plano de Logística Sustentável (PLS) vincula-se ao planejamento estratégico do Poder Judiciário, e possui objetivos e responsabilidades definidas, além de ações, metas, prazos de execução, mecanismos de monitoramento e avaliação de resultados. Isto abre portas ao um efetivo acompanhamento das práticas de sustentabilidade, racionalização e qualidade.

A própria resolução conceitua "Logística Sustentável", no inciso II do art. 3º como: o processo de coordenação do fluxo de materiais, de serviços e de informações, do fornecimento ao desfazimento, que considerando o ambientalmente correto, o socialmente justo e o desenvolvimento econômico equilibrado.

Após a criação das unidades ou núcleos socioambientais, aqui já abordadas, os órgãos e conselhos deveriam constituir, em até 30 dias, uma comissão para gerir o PLS composta por, no mínimo, cinco servidores, designados pelos representantes máximos dos respectivos órgãos da administração pública. Tal equipe é responsável por elaborar, monitorar e revisar o plano do seu órgão ou conselho. O PLS subsidia, anualmente, o Balanço Socioambiental do Poder Judiciário.

Sobre o PLS discursam Melo e Leão (2018, p. 257-258):

> A sensibilização para questões socioambientais de todos os integrantes dos Tribunais desde os terceirizados até os magistrados é um dos objetivo dos Planos de Logística Sustentável. De nada adianta estipular medidas sustentáveis se as pessoas envolvidas não possuem a consciência da responsabilidade social e ambiental de suas atitudes laborais e nem a capacitação para executar corretamente as ações propostas. Nessa conjuntura a educação ambiental dos profissionais se faz mister para desenvolver nas pessoas o amadurecimento da cidadania e o sentimento de pertencimento empoderado de que cada atitude individual surtirá efeito para a sociedade.

Conforme a Resolução acima mencionada, a elaboração do PLS, que contemple, nos mínimo, os temas e ações seguintes:

a) Uso eficiente de insumos e materiais considerando, inclusive, a implantação do PJe e a informatização dos processos e procedimentos administrativos;

b) Deslocamento de pessoal, bens e materiais considerando todos os meios de transporte, com foco na redução de gastos e de emissões de substâncias poluentes;

c) O aperfeiçoamento contínuo da qualidade do gasto público;

d) O uso sustentável de recursos naturais e bens públicos;

e) A redução do impacto negativo das atividades do órgão no meio ambiente com a adequada gestão dos resíduos gerados;

f) A promoção das contratações sustentáveis;

g) A gestão sustentável de documentos, em conjunto com a unidade responsável;

h) A sensibilização e capacitação do corpo funcional, força de trabalho auxiliar e de outras partes interessadas; e

i) A qualidade de vida no ambiente de trabalho. (CNJ, 2015)

A axiologia do Plano de Logística Sustentável no âmbito do Poder Judiciário (MELO, LEÃO; 2018) encontra alicerce no desenvolvimento da cidadania socioambiental, na concretização da justiça ambiental e da solidariedade e na garantia da dignidade da pessoa humana. Enfim, as po-

líticas públicas socioambientais representam a garantia da continuidade da existência humana em condições cada vez mais dignas e justas.

2. RESOLUÇÃO 221, DE 10 DE MAIO DE 2016

A Resolução nº 221/2016 – CNJ trata dos princípios da gestão participativa e democrática na elaboração de metas nacionais do Poder Judiciário e das políticas judiciárias do CNJ. O capítulo abordará então algumas questões relacionadas a tais princípios bem como sobre as modalidades de participação.

2.1 PRINCÍPIOS DA GESTÃO PARTICIPATIVA E DEMOCRÁTICA

Os Princípios da Gestão Administrativa e Democrática são princípios ambientais. Consoante Sirvinskas (2018, p. 113), o Princípio da Participação Comunitária é um dos Princípios Gerais do Direito Ambiental. Já o Princípio Democrático ou da Participação é abrangente e universal, além de estabelecer parâmetros com os valores constitucionais, sendo este considerado princípio específico do Direito Ambiental. Conceitos doutrinários à parte, o importe é perceber que a Participação é Princípio do Ambiente.

O princípio democrático ou da participação está fundamentado essencialmente no princípio décimo da Declaração do Rio/92. Reza tal princípio:

> A melhor maneira de tratar questões ambientais é assegurar a participação no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo deve ter acesso adequado a informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações sobre materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar em processos de tomadas de decisões. Os Estados devem facilitar e estimular a conscientização e a participação pública,

> colocando a informação à disposição de todos. Deve ser propiciado acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que diz respeito à compensação e reparação de danos.

No mesmo sentido, Amado (2004, p.100) ensina que: as pessoas têm o direito de participar ativamente das decisões políticas ambientais, em decorrência do sistema democrático semidireto, uma vez que os danos ambientais são transindividuais. Mais uma afirmativa que corrobora Resolução supramencionada do CNJ.

A Resolução nº 221/2016 – CNJ traz 4 princípios de gestão participativa e democrática: o desenvolvimento de uma cultura de participação nos tribunais; o fortalecimento das estruturas de governança e o diálogo institucional e a aproximação entre a sociedade e o Judiciário. Para efetivar tais princípios, preconiza ser necessária a governança em rede, a liderança dos representantes das redes, a disponibilidade de forma e meios de participação e a transparência.

Quanto ao primeiro princípio apresentado, afirma que deve ser permeável à opinião dos magistrados de todos graus de jurisdição e servidores, das respectivas associações de classe e jurisdicionados. Quanto ao segundo, afirma a importância da atuação em rede e a promoção da integração do Judiciário.

Não apenas apresenta os princípios como traz uma abordagem mais detalha sobre cada um nos parágrafos do artigo competente. Traz temas como atuação colaborativa para o bem comum, suporte dos tribunais, Rede de Governança Participativa do Poder Judiciário e controle social. Em suma, houve um cuidado ao abordar a questão principiológica na Resolução nº 221/2016 – CNJ.

2.2 AS MODALIDADES DE PARTICIPAÇÃO

Paulo Affonso Leme Machado (2005, p. 125) coloca a audiência pública como parte do procedimento administrativo, afirmando que a conciliação é valiosa tanto para o licenciamento de uma atividade como para a aplicação de punição. No mesmo direcionamento afirma Thomé da Silva (2015, p. 80) que:

> Quando a máquina estatal não se apresenta habilitada a atender satisfatoriamente aos anseios da sociedade, incumbe à própria sociedade atuar diretamente. Os cidadãos têm o direito (e o dever) de participar da tomada de decisões que possam vir a afetar o equilíbrio ambiental. Há uma diversidade de mecanismos para proteção do meio ambiente que possibilitam a efetiva aplicação do princípio da participação comunitária (ou princípio democrático).

A Resolução nº 221/2016 – CNJ apresenta 8 modalidades de Participação, utilizados conforme o público alvo e objetivo a ser alcançado, tempo e recursos disponíveis. A Resolução foi muito feliz em trazer um rol explicitamente taxativo. Deixou, assim, abertura à criatividade e adaptação dos órgãos do Poder Judiciário para buscar outra solução mais adequada à realidade, se necessário.

As modalidades por ela indicada são: mesa de diálogo, videoconferência, enquetes e pesquisas, consulta pública, audiência pública, grupos de trabalho, fórum de encontros e ouvidorias. Os resultados destes trabalhos devem ser amplamente divulgados por meios eletrônicos, além de gravados em áudio e vídeo sempre que possível.

Observa-se que, ao contrários de outras normas brasileiras, esta está conectada com a realidade eletrônica do século XXI. Além de alcançar a democracia por meio da participação, preocupou-se com a publicidade, transparência e celeridade – princípios de destaque na legislação, doutrina e jurisprudência da Administração Pública.

3. A AGENDA 2030 E O CNJ

É relativamente atual a inclusão de valores socioambientais no plano estratégico das instituições públicas. No Poder Executivo, a Agenda Ambiental na Administração Pública (A3P) nasceu no início dos anos 2000. É fruto do projeto do Ministério do Meio Ambiente (MMA) que busca incorporar critérios de sustentabilidade nas instituições públicas, sensibilizando os gestores para as questões ambientais, promovendo a redução de gastos institucionais, contribuindo para a revisão dos padrões de produção e consumo assim como adoção de novos referenciais de sustentabilidade. O capítulo trará a Resolução A/RES/72/279.OP32, DE 2018, da Assem-

bleia Geral da ONU e a Portaria 133/2018-CNJ, ambas sobre a temática em voga.

3.1 RESOLUÇÃO A/RES/72/279.OP32, DE 2018, DA ASSEMBLEIA GERAL DA ONU.

O Brasil é signatário do programa da Organização das Nações Unidas (ONU) para o desenvolvimento sustentável, a Agenda 2030, que estabelece um plano de ação, com 17 objetivos a serem cumpridos pelos países, para erradicar a pobreza e proteger o planeta.

Em setembro de 2018, o Judiciário brasileiro foi o primeiro no mundo a criar um Comitê Interinstitucional, coordenado pelo Conselho Nacional de Justiça, para integração das metas do Poder com as metas e indicadores dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), Agenda 2030. (AGÊNCIA BRASIL, 2019)

A Agenda global 2030 é um compromisso assumido por líderes de 193 Países, inclusive o Brasil, e coordenada pelas Nações Unidas, por meio do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), nos termos da Resolução A/RES/72/279.OP32, de 2018, da Assembleia Geral da ONU.

São 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) e 169 metas a serem atingidas no período de 2016 a 2030, relacionadas à efetivação dos direitos humanos e promoção do desenvolvimento, que incorporam e dão continuidade aos 8 Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, a partir de subsídios construídos na Rio + 20.

Em 28/9/2018, a Presidência do CNJ instituiu o Comitê Interinstitucional, por meio da Portaria n. 133/2019, a fim de proceder estudos e apresentar proposta de integração das metas do Poder Judiciário com as metas e indicadores dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), Agenda 2030 (CJF, 2019).

Cabe mencionar ainda que, no âmbito global, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento recebeu o mandato de atuar como integrador da Agenda 2030, por meio de resolução Assembleia Geral da ONU (A/RES/72/279.OP32). Nesse papel, cabe ao PNUD realizar assessoria técnica aos países nos esforços de alcance dos ODS, por meio da promoção de uma perspectiva integral de desenvolvimento, aliando os

pilares social, econômico e ambiental, em prol de um desenvolvimento humano e inclusivo. (CNJ, 2018).

Segundo Mukai e Nazo (2001, p. 134), o Direito Internacional do Meio Ambiente se encontram os métodos e processos de criação do direito, a hierarquia das normas a que o julgador, ou o árbitro recorrerá para fundamentar sua decisão. Pode-se observar, analisando os dados acima apresentados, o esforço do Poder Judiciário Brasileiro para equalizar suas ações com os preceitos internacionais ambientais.

3.2 PORTARIA 133/2018-CNJ

Como preconiza Sirvinskas (2018, p. 99): O Poder Judiciário deve também dar o exemplo de como administrar os seus recursos, aderindo à Agenda Ambiental na Administração Pública (A3P). Mesmo antes das resoluções abordadas nos capítulos anteriores, haviam tribunais com unidades socioambientais no organograma das instituições, com estrutura de cargos e funções, e que contam com servidores de especialização técnica na área e outros tantos apaixonados pelo tema.

Percebe-se o resultado positivo desse trabalho pela análise dos índices de consumo dos bens materiais e recursos naturais, como o consumo de água e energia, como medidas implantadas com foco na eficiência do gasto público. No STJ, as ações socioambientais, em conjunto com o processo eletrônico, permitiram uma redução de 49% no consumo de papel do tribunal, comparados os períodos de 2008 e 2014, e a redução de papel branco chegou a 75%. (CONJUR, 2015)

A Portaria nº 133/2018-CNJ criou o Comitê Interinstitucional destinado a realizar estudos e apresentar proposta de integração das metas do Poder Judiciário com as metas e indicadores dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), Agenda 2030. Tal Comitê é responsável por apresentar proposta de integração entre as metas do Poder Judiciário com as metas e indicadores da Agenda ODS 2030. Tem por dever apresentar proposta de mecanismos que ampliem a transparência de dados do Poder Judiciário, facilitando consulta e pesquisa por usuários. A portaria cumpriu seu objetivo e dela nasceu o relatório de trabalho do Comitê já apresentado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A legislação brasileira avança na direção da Sustentabilidade. Pode-se citar como exemplo a Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81), a Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) e própria Constituição Federal, em seu artigo 225 e demais artigos conexos. Todas as normas citadas datam da década de 80 – como se pode observar.

O CNJ levou em consideração a legislação supramencionada e editou a Resolução 201/2015, traduzindo a preocupação do judiciário em construir um Poder Público sustentável. Isso será possível partindo de mudanças de comportamentos embasados na consciência de cooperação pública para a construção de cultura sustentável.

O primeiro capítulo abordou a criação das unidades ou núcleos socioambientais no poder judiciário e suas competências, seguido pelo do Plano de Logística Sustentável do Poder Judiciário, problematizados na Resolução nº 201, de 3 de março de 2015, do CNJ. Já o segundo capítulo trouxe a Resolução 221, de 10 de maio de 2016, também do CNJ, apresentando Princípios da Gestão Participativa e Democrática e as modalidades de participação.

O terceiro capítulo, por fim, tratou da Agenda 2030 sua estreita relação com o CNJ, apresentando a Resolução A/RES/72/279.OP32, de 2018, da Assembleia Geral da ONU e a Portaria 133/2018-CNJ, as quais tratam da temática Sustentabilidade. Encerrou-se, destarte, o texto do trabalho.

Foi possível observar que o Conselho Nacional de Justiça vem fazendo esforços para alinhar-se com os preceitos internacionais que tratam sobre Sustentabilidade no Poder Público, Participação Popular Democrática, Logística Sustentável e Agenda Ambiental. Embora recentes, as ações produzidas a partir das Resoluções apresentadas, tem surtido um efeito positivo no âmbito não apenas do Conselho Nacional de Justiça, como no Poder Judiciário como um todo. Cabe agora dar continuidade a esse processo, para que Poder Público seja exemplo de Sustentabilidade.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. Judiciário melhora indicadores de gestão socioambiental em 2018. Disponível em: http://agenciabrasil.ebc.com.br/

geral/noticia/2019-06/judiciario-melhora-indicadores-de-gestao-socioambiental-em-2018 Acesso em 16 ago 2019.

AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. Direito ambiental esquematizado. 5.ª ed.Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 5 de outubro de 1988.

_____. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação.

CNJ. Resolução nº 198/2014, de 1º de julho de 2014. A Estratégia Nacional do Poder Judiciário 2015–2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/estrategia-nacional-do-poder-judiciario-2015-2020 Acesso em 15 ago 2019.

____. Resolução nº 201, de 3 de março de 2015, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). ispõe sobre a criação e competências das unidades ou núcleos socioambientais nos órgãos e conselhos do Poder Judiciário.

____. Resolução nº 221/2016 – CNJ trata dos princípios da gestão participativa e democrática na elaboração de metas nacionais do Poder Judiciário e das políticas judiciárias do CNJ.

___. Portaria nº 133, de 28 de setembro de 2018. Relatório preliminar do Comitê Interinstitucional destinado a proceder estudos e apresentar proposta de integração das metas do Poder Judiciário com as metas e indicadores dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), Agenda 2030.

CONJUR. Responsabilidade socioambiental: Medida efetiva e mais que esperada no Judiciário. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-fev-09/responsabilidade-socioambiental-medida-esperada-judiciario Acesso em 15 ago 2019.

Dicionário de Políticas Públicas: volume 2/ Carmen Lúcia Freitas de Castro, Cynthia Rúbia Braga Gontijo, Luciana Moraes Raso Sardinha Pinto (organizadores). – Barbacena: EdUEMG, 2015.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. Direito ambiental brasileiro. 13. ed., São Paulo, Malheiros, 2005

MELO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELO, Daniele de Castro Pessoa de; LEÃO, Barbara de Castro. A axiologia do plano de logística sustentável dos tribunais para a sociedade. Veredas do Direito, Belo Horizonte, v.15 . n.31 . p.247-269 . Janeiro/Abril de 2018.

NAZO, Georgetie Nacarato; MUKAI, Toshio. O Direito Ambiental no Brasil: evolução histórica e a relevância do direito internacional do meio ambiente. R. dir. adm. Rio de Janeiro, 224: 117-145. abr./jun. 2001.

ONU. Declaração do Rio. Disponível em: http://www.meioambiente.pr.gov.br/ arquivos/File/agenda21/Declaracao_Rio_Meio_Ambiente_Desenvolvimento.pdf Acesso em 15 ago 2018.

____. Resolução A/RES/72/279.OP32, de 2018.

TREAM. Núcleo socioambiental do TRE-AM: sustentabilidade e eleições limpas. Disponível em: http://www.tre-am.jus.br/imprensa/noticias-tre-am/2016/Julho/nucleo-socioambiental-do-tre-am-sustentabilidade-e-eleicoes-limpas Acesso em 16 ago 2019.

TSE. Resolução nº 23.474, de 19 de abril de 2016. Dispõe sobre a criação e competências das unidades ou núcleos socioambientais nos Tribunais Eleitorais e implantação do respectivo Plano de Logística Sustentável da Justiça Eleitoral (PLS-JE).

SILVA, Romeu Faria Thomé Da. Manual de Direito Ambiental. 5ª ed. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2015.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. Manual de Direito Ambiental.16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CRÍTICA À DEFINIÇÃO DE "PÓS-POSITIVISMO" EM BARROSO: A MALFADADA SUPERAÇÃO TEÓRICA QUE NÃO HOUVE

Leonam Liziero

1 Introdução

O Brasil possui tradição em Programas de Pós-Graduação em Direito com linhas de pesquisas voltadas para a área de Teoria e Filosofia do Direito. Todavia, apesar de inúmeras teses defendidas e grandes pesquisadores de teorias jurídicas, é incomum encontrar alguma sistematização do pensamento jurídico desenvolvido no Brasil e pensado em razão do Brasil.

Em boa parte dos livros destinados à sistematização de teorias jurídicas, como os manuais de Introdução ao Estudo do Direito (ou disciplinas equivalentes), raras as vezes nas quais se encontram descrições sobre teorias desenvolvidas no Brasil ou por autores brasileiros. O aluno dos primeiros períodos da graduação em Direito aprende sobre Kelsen, Hart, Bobbio e tem alguma noção sobre o que tais autores escreveram (ainda que muitas vezes erroneamente, como será desenvolvido a seguir), mas dificilmente estuda teses de brasileiros como Hermes Lima (*Direito e Revolução*), Goffredo Telles Junior (*A Criação do Direto*) e mesmo Tércio Sampaio Ferraz Júnior (*Teoria da Norma Jurídica*). No muito, brevemente estuda algo da Teoria Tridimensional do Direito, de Miguel Reale ou sobre a lógica em Lourival Vilanova.

Ainda que com tantas teses e escritos de Teoria do Direito desenvolvidas no âmbito brasileiro, o ensino jurídico é voltado para a apreensão de conceitos desenvolvidos por autores estrangeiros que muitas vezes são lidos e pensados para o Brasil de modo turvo. Não há, evidentemente, aqui uma negação ao estudo de autores tradicionais e contemporâneos de outros países; todavia é possível pensar em um desinteresse em reproduzir ideias de autores brasileiros em matérias propedêuticas, em especial a Introdução ao Estudo do Direito e Filosofia do Direito.

Além do problema da não-sistematização de ideias que possam formar escolas no Brasil ou mesmo configurar, ainda que de modo bastante geral, pontos comuns do pensamento jurídico brasileiro, há outra desdita sobre as teorias estrangeiras: a leitura (ou mesmo uma leitura apressada) descontextualizada. Este é um problema que permite em tese adaptações descuidadas e visões associadas que não se coadunam com as ideias originais de autores estrangeiros.

Esses dois problemas podem ser claramente evidenciados quando se analisa geralmente o positivismo jurídico por muitos autores no Brasil. O positivismo jurídico, como se verá, é altamente mal lido, mal estudado e mal compreendido no Brasil. E, consequentemente, mal ensinado nas Faculdades de Direito.

2 Sobre a falsa associação entre o positivismo jurídico e o autoritarismo no Brasil

O positivismo jurídico é associado com práticas ou conceitos que não se assemelham a esta corrente do pensamento jurídico, que por si é altamente diversificada. Uma das mais errôneas associações, como se pretende demonstrar na pesquisa, é a do positivismo jurídico com autoritarismo e o dever de obediência à lei. Outra associação equivocada é a confusão entre positivismo e legalismo, como se o "juiz positivista" fosse um juiz aplicador mecânico da lei.

Há no Brasil inúmeros estudos acerca de uma suposta superação do positivismo jurídico. Porém, com acima dito, o positivismo jurídico não é uma escola de pensamento uníssona. "Superar o positivismo" traz uma carga semântica de obsolescência do positivismo jurídico como um todo, em toda sua diversidade. A dita tentativa (ou necessidade) de superação do

positivismo jurídico é justificada (por motivos teoricamente errados) pelo novo projeto político de País inaugurado com a promulgação da Constituição de 1988.

Assim, como há comumente associação do positivismo jurídico com a ideia de Estado autoritário que impõe dever de obediência às suas normas emitidas, que na história mais contemporânea do Brasil se perfaz com os anos da Ditadura Militar (1964-1985), ou mesmo com a vigência da Constituição de 1967, da Emenda nº 1, de 1969 e dos Atos Institucionais, a Constituição de 1988 representa uma ruptura que trouxe a necessidade de um novo pensamento jurídico para a nova era.

Como um afã por liberdade e justiça, o positivismo jurídico se vê (erroneamente) colocado em xeque no Brasil por novos modos de pensar o direito em teorias ditas "pós-positivistas". Além disso, ainda há em alguns casos a associação deste pós-positivismo (expressão que à primeira vista pode ser entendida como "além e melhor do que o positivismo") com o movimento neoconstitucionalista (que conceitualmente não se confunde com esta suposta superação do positivismo).

Como demonstra Dimitri Dimoulis (2018, p. 182), o termo "pós-positivismo" é utilizado raramente fora do Brasil e, quando utilizado, em um significado diferente. No Brasil, adquiriu um significado moralista e idealista, mas não comprometido com solidez teórica (DIMOULIS, 2018, p. 183). É possível exemplificar um uso do termo de modo contextualizado em uma teoria estrangeira e como foi propagada no Brasil, ao se analisar a proposta teórica de Friedrich Müller.

Segundo Müller (2005, p. 161), em *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*, afirma não ser a "superação" do positivismo um fim em si mesmo. Assim, sua teoria "pós-positivista" parte da estruturação das normas jurídicas, como a proposta de um novo modelo de teoria e de práxis que abrange teoria do direito (e do direito constitucional), a metódica e a dogmática. Todavia, Müller aceita a tese positivista da exclusividade estatal como fonte do direito, bem como não-interferência de questões morais. Na visão dos autores "pós-positivistas" brasileiros, Müller, um autor muitas vezes denominado por "pós-positivista" seria mais parecido com um neopositivista.

Entre os diversos autores trazidos por Dimoulis (2018) que erram nas considerações teóricas sobre o positivismo (como Barcellos, Bonavi-

des, Sarmento, entre outros), destaca-se Luís Roberto Barroso como um agente-chave para compreender a proliferação destes equívocos a partir da promulgação da Constituição de 1988 e as consequências práticas de três décadas de fascínio principialista.

3 Algumas falhas teóricas na tentativa de Barroso em definir "pós-positivismo"

Em artigo de 2003, Barroso, em coautoria com Barcellos, afirma que "a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei" (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 31). Esta afirmação expressa graves erros teóricos, além de reducionista. No texto publicado não há menção a fonte alguma acerca dela, apenas uma referência ao final do mesmo longo parágrafo (que será tratada aqui também).

Veja-se apenas este trecho: à leitura de quem não tem amplos conhecimentos acerca dos regimes totalitários do Século XX se perfaz uma associação entre a "decadência" do positivismo e a derrota do fascismo italiano e do nazismo alemão. Em parte, esta associação é derivada no *mainstream* jurídico em razão de um famoso e oportunista texto de Gustav Radbruch: *Cinco minutos de filosofia do direito*. Qualquer leitor desatento à autores do positivismo jurídico (como Kelsen, o de maior alcance) consegue perceber que a teoria não se relaciona em nada com uma suposta "teoria da obediência". Além disso, regimes totalitários como o fascismo e o nazismo não se fundamentavam em legalidade; ao contrário, eram baseados diretamente em uma ideia de juridicidade (*Rechtsmäßigkeit*). O juiz do nazismo tampouco era legalista (outra associação errada ao positivismo); agia o juiz como *Volksgenosse* (NOVAIS, 2013, p.155).

Pouco adiante, Barroso e Barcellos (2003, p. 31-32) continuam: "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". Assim, como a anterior, esta afirmação é não é verdadeira, além de simplista. Dizer que o positivismo fracassou politicamente transmite ao leitor desta mensagem

a ideia de que o positivismo era um projeto com finalidades políticas e que, portanto, trata-se de política jurídica. Essa afirmação, igualmente, não condiz com o positivismo do Século XX, em especial com Kelsen. Na primeira (primeira) página de *Teoria Pura do Direito*, em sua segunda edição de 1960, Kelsen (2013, p.1) deixa bem evidente o que do que se trata sua teoria: "Sie ist Rechtswissenschaft, nicht aber Rechtspolitik" (É ciência do direto, não política jurídica).

Veja-se agora uma definição de pós-positivismo para Barroso e Barcellos (2003, p.31-32):

> 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 constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana.

Essa definição não diz muito do que seria esse "pós-positivismo". Em termos semióticos é altamente problemática. Não há significado possível deste significante. Tal definição, em termos epistemológicos (como o desenvolvido por Schlick), é uma proposição vazia de significado de conhecimento. Mesmo após a reformulação das teses do Círculo de Viena (incitada pelos impactos do *Tratactus* de Wittgenstein), o princípio da verificabilidade permite esclarecer que não é significativo o que Barroso e Barcellos definiram por "pós-positivismo": não há redução a fatos imediatos; não há funções de verdade.

Perceba-se a vagueza dos termos utilizados: "designação provisória e genérica", "ideário difuso", "valores", "princípios e regras" (termos que no contexto do artigo em questão são designações resultantes de sincretismos das ideias de Dworkin e Alexy, como será visto adiante), "aspectos da nova hermenêutica constitucional", "teoria dos direitos fundamentais" (esta também vinda de Alexy), "dignidade humana". Esta definição, de modo a tentar superar o positivismo, é um caso evidente de *gish gallop*.

Outra definição divulgada sobre o que seria o "pós-positivismo" está no próprio manual de Barroso. Ao narrar as transformações do Direito Constitucional Contemporâneo, Barroso elege três marcos de análise: o

histórico, o filosófico e o teórico. Busca nomear como filosófico o que ele denomina por "pós-positivismo".

Logo no início de sua explicação, Barroso (2014, p. 269) pensa tal marco filosófico como um amálgama de jusnaturalismo e positivismo, "um conjunto difuso e abrangente de ideias, agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo". Esta passagem é acompanhada de uma nora de rodapé com enorme elenco de autores. Barroso inicia com três deles: John Rawls, Robert Alexy e Ronald Dworkin. E ainda cita Luigi Ferrajoli, como se estes quatro autores estivassem agrupados em um grupo genérico de ideias. Trata-se de um sincretismo mal pensado. É altamente problemático agrupar tais autores em um mesmo grupo. Ainda mais porque Barroso não menciona justificativas para os rotular como "pós-positivistas". Simplesmente o faz.

Em seguida, Barroso (2014, p. 269-270) faz uma afirmação que não procede com a correção acerca de positivismo jurídico: "o positivismo, por sua vez, em busca da objetividade científica, equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça". Uma leitura muito superficial de um positivista clássico como Hart (ou mesmo Kelsen) é o suficiente para refutar este argumento errado de Barroso.

No Capítulo IX de *O Conceito de Direito*, o positivismo jurídico, conforme Hart (2011, p. 202) é tomado "com o significado da afirmação simples de que não é em sentido alguma uma verdade necessária que as leis reproduzam ou satisfaçam certas exigências da moral, embora de facto o tenham feito frequentemente". Uma leitura atenta do Capítulo VIII da mesma obra também deixa evidente que a afirmação de Barroso não condiz com uma descrição correta do pensamento positivista. E, como se não fosse o suficiente, a primeira frase do Prefácio deixa evidente que o positivismo de Hart não busca afastar o Direito da Filosofia e de discussões como legitimidade e justiça: "Foi meu designo neste livro aprofundar a compreensão do direito, da coerção e da moral como fenômenos sociais diferentes mas relacionados" (HART, 2011, p.1).

Do mesmo modo, em Kelsen a noção de Estado de Direito é desvinculada de uma possível ideologia do legalismo. Em sua crítica à dualidade entre Direito e Estado, Kelsen direciona suas críticas justamente à concepção de legalidade enquanto justiça. Como teoria do conhecimento, a *Teoria Pura do Direito* propõe ser possível a cognição do Direito

como objeto, independente de seu conteúdo. Assim, há evidente desvinculação da discussão acerca de legitimidade da existência da ordem jurídica em si. Kelsen, na primeira página de sua mais citada obra, é claro em seus propósitos: "É ciência jurídica e não política do Direito" (KELSEN, 2006, p. 1).

E Barroso (2014, p. 270) continua sobre o positivismo jurídico: "sua decadência é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do Nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade". Esta é uma afirmação errada, não condiz com a verdade: nem sobre o positivismo jurídico, nem sobre regimes totalitários. Uma leitura também superficial sobre totalitarismo é também suficiente para esclarecer que o fascismo e o nazismo não se baseavam em uma ideia de legalidade.

Veja-se o nazismo como exemplo para se demonstrar como a associação feita por Barroso entre este regime e a proteção da legalidade é equivocada. O Estado nazista, em conformidade com Schmitt (2005), tinha como fundamento a decisão emanada pelo Führer. Se a Constituição funcionalmente pode ser entendida como lei superior de um Estado, a Constituição para Schmitt não se tratada de uma forma jurídica; era sim uma manifestação política, a vontade do Führer (LOSANO, 2010, p. 202). Todo o direito emanado pelo Estado deveria se adequar aos princípios do Führer, não à proteção da legalidade (NOVAIS, 2013, p.140). Neste sentido, "a norma jurídica positiva deriva dessa ordem concreta que a realidade social traz dentro de si. Portanto, o direito positivo deve estar em harmonia com a ordem interna da realidade ou, se não está, deve ser modificado de acordo com a exigências da mesma realidade" (LOSANO, 2010, p. 213).

Uma vez que a lei era uma expressão apenas parcial da soberania, o princípio da legalidade é substituído no nacional-socialismo pela ideia de *Rechtsmäßigkeit*, ou seja, a juridicidade em conformidade com a vontade do *Rechtsgeist*. O nazismo na Alemanha é claramente anti-positivista (NOVAIS, 2013, p. 153). Ao contrário: o nazismo se aproxima, como fundamento, o jusnaturalismo.

O adversário teórico direto das teorias nazistas, como a de Schmitt, era justamente o positivismo jurídico: "para derrotar esse adversário, o nacional-socialismo subverteu inicialmente aas fontes jurídicas tradicionais

através da única via possível: o jusnaturalismo. Acima do direito positivo foi posta uma ideia de direito que incluía os valores do movimento nacional-socialista" (LOSANO, 2010, p. 207).

Mais adiante Barroso também demonstra o uso de ideias sincréticas meramente como discurso para fazer o receptor da mensagem a aceitar o que ele denomina por doutrina "pós-positivista": "se inspira na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática. Nesse contexto, busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto" (BARROSO, 2014, p. 271). Há uma falha teórica evidente nesta pequena passagem.

Apresenta o "pós-positivismo" como uma doutrina que buscar revalorizar conceitos que o positivismo jurídico não negou. É evidente que Barroso usa o positivismo jurídico como uma teoria da obediência, o que é errado. A legitimidade democrática nunca foi negada pelo positivismo jurídico, todavia somente em (algumas) concepções teóricas não era critério de identificação do Direito. A teoria da justiça também não foi negada pelo positivismo jurídico; meramente não é objeto do Direito enquanto campo de estudo. Há uma confusão evidente no pensamento de Barroso entre epistemologia e objeto.

As falhas teóricas continuam: "incluem a reentronização dos valores na interpretação jurídica" (BARROSO, 2014, p. 271). Este é um reducionismo que leva à uma questão que merece algum desdobramento. Teorias mais divulgadas do positivismo jurídico não necessariamente excluíram valores na interpretação jurídica. É preciso esclarecer a diferença entre tipos de interpretação no Direito.

Em Kelsen há dois tipos básicos: a não-autêntica e a autêntica. A primeira é descritiva; de fato o juízo valor do intérprete obscurece a compreensão do Direito enquanto objeto de conhecimento. A segunda, por sua vez, é prescritiva: a interpretação autêntica é resultado de uma escolha política (seja do legislador, seja do juiz). Isso é bem claro no Capítulo VIII de *Teoria Pura do Direito*: "a obtenção da norma individual no processo de aplicação da lei é, na medida em que nesse processo seja preenchida a moldura da norma geral, uma função voluntária" (KELSEN, 2006, p. 393). Não há, em Kelsen, exclusão de valores na interpretação jurídica judicial.

Por sua vez, o juiz, conforme Hart (2011, p. 36), "deve exercer os seus poderes de criação do direito. Mas não deve fazer isso de forma ar-

bitrária: isto é, ele deve sempre ter certas razões gerais para justificar sua decisão e deve agir como um legislador contencioso agiria, decidindo de acordo com as suas próprias crenças e valores". Em Hart também não há exclusão de valores na interpretação jurídica.

A pretensa "reintrodução" dos valores na interpretação do Direito defendida por Barroso, como uma das características de algo incaracterizável como o "pós-positivismo", também não encontra fundamento sólido. O positivismo, como visto, não defende afastamento de valores na interpretação do Direito neste sentido dito por Barroso. Trata-se de mero artifício retórico de ataque ao positivismo jurídico.

Barroso confere uma diferença fundamental em relação às então pretéritas concepções teóricas: a normatividade dos princípios. Tais princípios constitucionais seriam, neste sentido, a confluência de valores que estariam presentes no ordenamento jurídico. Na definição de Barroso (2004, p. 237), "eles espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins. Os princípios dão unidade e harmonia ao sistema, integrando diferentes partes e tensões normativas". E menciona os três papeis a serem desempenhados pelos princípios: "a) condensar valores; b) dar unidade ao sistema; c) condicionar a atividade do intérprete".

Barroso (2014, p. 271) continua sua definição "com o reconhecimento de normatividade aos princípios e de sua diferença qualitativa em relação às regras". Segundo o autor, a distinção qualitativa entre regras e princípios "é um dos pilares da moderna dogmática constitucional, indispensável para a superação do positivismo legalista, em que as normas se cingiam a regras jurídicas" (BARROSO, 2004, p. 328). Aqui Barroso reafirma o erro de identificar positivismo jurídico com legalismo.

A Constituição, neste raciocínio de Barroso (2004, p. 328), é um "sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central". Barroso aqui entra em um pantanoso terreno de debate, no qual não deixa muito claro (nem posteriormente no mesmo texto) o *locus* destes valores jurídicos suprapositivos. Veja-se: se há a admissão de valores suprapositivos (neste contexto, além ou acima do Direito positivo) que são jurídicos, então há uma suposta juridicidade em valores que não estão na ordem jurídica. Assim, Barroso entende pela existência de um espaço jurídico além do Direito positivo.

De fato, nega-se um pressuposto fundamental do positivismo jurídico que é a negação de uma ordem jurídica acima do Direito positivo e que lhe dê fundamento (DIMOULIS, 2018), mas não é claro o porquê de tais valores serem jurídicos. A não ser que se trate de alguma manifestação jusnaturalista, mas mascarada de "pós-positivista" para semanticamente parecer adequada aos tempos contemporâneos. Barroso menciona que as ideias de justiça e valores fundamentais desempenham papel central, mas não por serem constitucionais e sim porque a Constituição seria um sistema aberto permeável por tais valores jurídicos suprapositivos. Assim, o caráter cogente da Constituição, de certa forma, parece depender de tais valores e, logo, sua fundamentação também.

Na sequência, Barroso menciona um dos mais importantes críticos ao positivismo jurídico na segunda metade do Século XX: "A mudança de paradigma nessa matéria deve especial tributo à sistematização de Ronald Dworkin. Sua elaboração acerca dos diferentes papeis desempenhados por regras e princípios ganhou curso universal e passou a constituir o conhecimento convencional na matéria" (BARROSO, 2004, p. 328). Esta afirmação também é problemática. Dworkin, apesar de ser um pensador importantíssimo no debate jurídico na segunda metade do Século XX, não escapa de muitas críticas para o próprio sistema ao qual direciona sua proposta teórica. Barroso, porém, acerta ao dizer que o pensamento de Dworkin passou a constituir o conhecimento convencional sobre o tema. Todavia, ainda assim este acerto precisa ser visto sob outro ponto de vista: a amplitude do pensamento de Dworkin ganhou muitos adeptos no Brasil (em certa medida, o próprio Barroso), mas em claro sincretismo metodológico. Assim como Kelsen e Hart, as adaptações das ideias de Dworkin no Brasil são muitas vezes descontextualizadas, o que propaga um complicado modo de se pensar valores políticos e o Direito brasileiros por um prisma de um autor que não escreve sobre o Brasil e não conhece as especificidades do Brasil. A definição seguinte de Barroso sobre regras e princípios deixa evidente este sincretismo, ao fundir tais ideias com outro pensador crítico a uma outra forma de manifestação teórica do positivismo jurídico: Robert Alexy.

Barroso (2014, p. 328) assim define regras: "proposições normativas aplicáveis sob a forma de *tudo ou nada (all or nothing)*. Se os fatos nela previstos ocorrerem, a regra deve incidir, de modo direto e automático, produ-

zindo seus efeitos [...]. Sua aplicação se dá, predominantemente, mediante *subsunção*". Apesar do problema de conceituação (proposição normativa), a definição de Barroso se assemelha muito à de Dworkin. Todavia, neste aspecto, Dworkin (2007, p. 94) se preocupa com o teste de identificação para o que é ou não Direito.

Uma das principais críticas de Dworkin a Hart diz respeito ao problema da regra de reconhecimento. As regras "são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão" (DWORKIN, 2007, p. 39). Ainda, as regras também são caracterizadas por poderem conter exceções: "a regra pode ter exceções, mas se tiver, em teoria, toda as exceções podem ser arroladas e quanto mais o forem, mais completo será o enunciado da regra" (DWORKIN, 2007, p. 40). Os princípios, por sua vez, não seriam possíveis de serem identificados ao aplicar o teste de *pedigree* de Hart.

O princípio, segundo uma definição inicial de Dworkin (2007, p. 36), é "um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade". Além disso, os princípios possuem uma dimensão de peso, inexistente nas regras. Quando há um conflito entre princípios, o decisor "tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia" (DWORKIN, 2007, p. 42).

Na definição de Barroso (2004, p. 328), os princípios "contém, normalmente, uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indicam determinada direção a seguir". E continua: "à vista dos elementos do caso concreto, o intérprete deverá fazer escolhas, quando se defronte com antagonismos inevitáveis [...]. A aplicação de princípios se dá, predominantemente, mediante *ponderação*" (BARROSO, 2004, p. 329).

Após a palavra ponderação no texto de Barroso, há uma nota de rodapé na qual fundamenta a ideia de resolução de conflito de princípios em Robert Alexy. Como amplamente conhecido, Alexy é também um crítico ao positivismo jurídico e, assim como Dworkin, reconhece uma

distinção normativa em regras e princípios (todavia tal distinção não é exclusiva de autores críticos ao positivismo jurídico). Segundo Alexy, os princípios "são *mandamentos de otimização*. Como tais, são normas que ordenam que algo seja realizado em máxima medida relativamente às possiblidades reais e jurídicas [...]. A ponderação é a forma característica da aplicação de princípios" (ALEXY, 2011, p. 85).

A conexão entre Direito e Moral defendida por Alexy passaria por uma consideração em três teses: a tese da incorporação, a tese da moral e a tese da correção. Não é o objetivo deste trabalho se aprofundar no argumento de Alexy, mas é importante que algo seja devidamente esclarecido: a distinção entre Direito e Moral em sua teoria funciona de modo bem diferente da proposta por Dworkin e isso faz muita diferença no pensamento acerca de princípios entre estes dois autores.

4 Considerações finais: o fetiche pelos princípios

A dicotomia entre regras e princípios é muito divulgada no Brasil em razão de dois autores críticos ao positivismo jurídico (o que não justifica serem rotulados como "pós-positivistas"): Ronald Dworkin e Robert Alexy. O mero uso destes como argumento de autoridade por Barroso, de modo a sincretizar suas ideias fica evidente. Veja-se:

> Na linha da doutrina de Dworkin e Alexy, a ponderação se dá entre princípios. Trata-se aqui, no entanto, de uma hipótese menos típica, mas possível, de ponderação entre princípio e regra. Usualmente, a regra já espelhará uma ponderação feita pelo legislador e deverá ser aplicada em toda a sua extensão, desde que seja válida. Mas a ponderação feita em tese pelo legislador, assim como a pronúncia em tese de constitucionalidade pelo STF, pode não realizar a justiça do caso concreto (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 31-32).

Uma leitura atenta a obras de Dworkin (como em *Levando os Direitos a Sério* e em *O Império do Direito*) ou de Alexy (como na própria *Teoria dos Direitos Fundamentais* ou na *Teoria da Argumentação Jurídica*) é suficiente para apurar que a definição de princípio para estes dois autores, além de não

conversarem tanto assim entre si, não podem ser reduzidas a um simples enunciado como o que consta na definição de Barroso. Dworkin e Alexy são autores que não necessariamente conversam entre si, tampouco escreveram para uma realidade como a brasileira.

Esses foram apenas alguns exemplos de textos que, entre outros, traz tais leituras turvas de uma possível superação do positivismo por um suposto marco filosófico (o pós-positivismo). Outros autores, a exemplo de Antônio Cavalcanti Maia (2011) e Daniel Sarmento (2009), professam este suposto "pós-positivismo" como um dos marcos da nova fase constitucional no Brasil.

Feitas essas considerações, é preciso mencionar o hercúleo esforço de pesquisadores para desmistificar esses erros teóricos que tão seriamente comprometem o ensino jurídico e a prática forense. Uma pesquisa futura apresentará críticas mais pormenorizadas ao "pós-positivismo" difundido no Brasil especialmente utilizando os escritos de dois autores como marcos teóricos: Marcelo Neves (2013) e Dimitri Dimoulis (2018). Além destas críticas, também pretende-se realizar um mapeamento de as fontes para a origem destes erros teóricos, como se difundiram e demonstrará algumas consequências deste fascínio principialista em atentados ao Estado Democrático de Direito prescrito pela Constituição de 1988.

Este é um ardil teórico que culmina no que Marcelo Neves (2013) denomina por fascínio principialista, também nomeado por Lenio Streck (2012) como panprincipiologia. O problema da divisão entre regras e princípios não é o reconhecimento em si desta distinção de manifestações normativas e sim no uso retórico do termo princípio, largamente usado por Barroso.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Conceito e Validade do Direito.* Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro. *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 23, p. 25-65, 2003.

DIMOULIS, Dimitri. *O positivismo jurídico:* teoria da validade e da interpretação do Direito. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério.* Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013.

_____. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LOSANO, Mario G. *Sistema e Estrutura no Direito, vol.2:* o Século XX. Tradução de Luca Lamberti. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

MAIA, Antonio Cavalcanti. Sobre a teoria constitucional brasileira e a carta cidadã de 1988: do pós-positivismo ao neoconstitucionalismo. *Quaestio Iuris*, v.4, n. 1, p. 1-86, 2011.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. Trad. Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules.* São Paulo: Martins Fontes, 2013.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*. Almedina: Lisboa, 2013.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidade. In: SARMENTO, Daniel. *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STRECK, Lenio Luis. *Verdade e Consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

SCHMITT, Carl. *Political theology*: four chapters on the concept of sovereignty. Trad. de George Schwab. Chicago: University of Chicago Press, 2005.

O INSTITUTO DA ENFITEUSE E A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NA ORDEM JURÍDICA ATUAL

Juliana Araujo Pinto

1 INTRODUÇÃO

O instituto da Enfiteuse, também denominado Aforamento ou Emprazamento, é um direito real limitado sobre coisa alheia conferindo a outrem os poderes inerentes ao domínio útil, com a obrigação de pagar ao dono do bem imóvel uma renda anual, conhecida como foro (GOMES, 2010).

De origem medieval, essa prática foi de fundamental importância para o desenvolvimento do Brasil, visto que proporcionou a exploração econômica do solo, bem como auxiliou o processo de povoamento no país. Todavia, em razão da inconveniência de manter o enfiteuta, titular do domínio útil, perpetuamente ligado ao senhorio direto, o instituto tornou-se ultrapassado, não mais se adequando às demandas sociais e econômicas da atualidade.

Em virtude disso, o Código Civil de 2002 vedou expressamente a constituição de novas enfiteuses e subenfiteuses, subordinando-se as existentes, até a sua extinção, às disposições do Código revogado de 1916, com exceção às enfiteuses de terrenos de marinha, reguladas por legislação especial.

Apesar de tal proibição, o instituto juridicamente reflete até hoje, na sociedade, sobretudo pela permanência das Enfiteuses da União, objetos de litígio no setor imobiliário. Além disso, as inúmeras vantagens con-

cedidas ao senhorio, proprietário inerte, encarecem a atual estrutura do direito de propriedade, pautada na sua função social.

Nesse sentido, o estudo propõe avaliar a evolução do instituto da enfiteuse na sociedade brasileira, bem como sua real função na realidade contemporânea, tendo em vista as amplas discussões relativas ao princípio da função social da propriedade.

A metodologia de pesquisa adotada foi documental e bibliográfica, por meio de uma análise da literatura jurídica especializada, tendo por base a Constituição Federal, o Código Civil Brasileiro e as demais legislações infraconstitucionais acerca do tema, além de consultas jurisprudenciais e exame de dados estatísticos da Secretaria do Patrimônio da União.

2 A ENFITEUSE NO CONTEXTO DA SOCIEDADE BRASILEIRA

2.1 A Função da Propriedade nas Fases Econômicas do Brasil

É cediço que o Brasil possui uma estrutura fundiária marcada pelo alto grau de concentração da propriedade de terra, monopolizado pela minoria da população, razão pela qual desencadeia uma série de desigualdades, seja no âmbito econômico, seja de caráter social, seja de cunho político.

Esse retrato é resultado da trajetória do instituto da propriedade no Brasil, que, na condição de colônia portuguesa, percorreu um longo caminho até chegar à configuração atual. Ao longo desse percurso histórico, é possível destacar quatro fases bastante distintas: a introdução do Sistema das Sesmarias, a edição da Lei de Terras, o Período Republicano e a Redemocratização do Brasil, as quais também marcam a formação econômica do país.

A primeira fase é marcada pela distribuição de terras no Brasil Colônia, através da instituição do Regime de Sesmarias. O instituto das Sesmarias fora criado em Portugal como meio de aproveitamento econômico e social da terra, quando, com a descoberta do Brasil, fora transplantado para a nova colônia.

Para estimular o processo colonizador, D. João III, rei de Portugal, implantou o sistema de capitanias hereditárias, dividindo o litoral brasi-

leiro em 14 capitanias – correspondentes a 15 lotes de terra – que foram doados a 12 donatários. Cada donatário recebia uma faixa de terra, como usufrutuário e não proprietário, a fim de explorar economicamente o solo, bem como incentivar o povoamento na região.

Caso não atingissem a finalidade prevista, os lotes de terras voltariam ao domínio da Coroa Portuguesa, dando, assim, origem às terras devolutas. A propriedade sesmarial perdurou por quase três séculos, devido à resistência dos grandes latifundiários rurais, que utilizavam mão-de-obra escrava e destinavam sua produção agrícola à exportação.

A abolição da concessão de sesmarias deu lugar a um novo regime de posses, inaugurando a segunda fase da propriedade no Brasil. O fim do tráfico de escravos, base do sistema agrário, trouxe à baila a necessidade de modificar o sistema produtivo brasileiro. Para tanto, era preciso regulamentar o uso da terra e buscar novas soluções para substituir a mão-de-obra escrava.

Diante desse contexto, em 18 de setembro de 1850 fora editada a Lei nº 601, conhecida como a Lei de Terras. Esta causou um grande impacto no Brasil Império, "trazendo a linha divisória entre as terras públicas e particulares, regulando a propriedade, além de tratar da posse com função social" (ANDRADE, 2014, p. 87).

A Lei de Terras introduziu o conceito de terras devolutas, criou o Registro de Geral de Terras Públicas, reconheceu como válidos os títulos concedidos às sesmarias e elegeu a compra e venda como único mecanismo de aquisição da propriedade no Brasil, consoante pregava o art. 1º da Lei nº 601.

Desse modo, a referida lei dificultou o acesso à propriedade aos índios, negros e pobres (parcela majoritária da população), cujo legado se transmite até hoje, retratada pela concentração fundiária excludente.

A terceira fase tem início com a queda da monarquia e a instauração do Período Republicano. Durante a República Velha, vigorava o Coronelismo, caracterizada pela descentralização política e pela alta concentração de riqueza nas mãos dos grandes latifundiários rurais. Em razão dessa política, generalizou-se a prática de apropriação de terras públicas por particulares.

Com o advento do Código Civil de 1916, a propriedade reafirma sua concepção individualista, sendo considerada como um direito absoluto.

Todavia, somente a partir da Constituição de 1934 o direito de propriedade foi associado ao seu caráter social. É válido ressaltar que o termo "função social da propriedade" só foi expressamente inserido no ordenamento jurídico brasileiro com a Constituição Federal de 1967.

Por último, tem-se a quarta fase, inserida no contexto de redemocratização do Brasil. De acordo com Souza (2007), o regime jurídico da propriedade foi totalmente modificado com a Constituição Federal de 1988, quando a função social passou a integrar o conteúdo de direito de propriedade.

Destarte, ao analisar detidamente a evolução da propriedade no Brasil, verifica-se que o surgimento da propriedade privada só foi possível após o desenvolvimento e aproveitamento da propriedade pública. Tal constatação está intimamente ligada à atual conjuntura do país, cujo legado consiste em alta concentração fundiária e extrema desigualdade dela decorrente.

2.2 O Surgimento do Instituto da Enfiteuse

Diante do contexto histórico e econômico da propriedade acima apresentado, é imperioso também abordar o surgimento do instituto da Enfiteuse, considerado o mais amplo direito real limitado, bem como sua consequente introdução no ordenamento jurídico brasileiro.

A palavra Enfiteuse, derivada da expressão *emphyteusis*, tem origem grega. Todavia, o instituto, em si, fora criado pelo Direito Romano, como "resultado da cominação da enfiteuse grega e do arrendamento público romano" (GOMES, 2010, p. 278).

No Direito Romano, o Estado concedia a particulares terrenos rústicos a fim de que estes cultivassem. Aos poucos, esse arrendamento concedido a longo prazo, foi se tornando de caráter perpétuo, uma vez que os arrendatários não mais precisavam deixar suas terras enquanto estivessem pagando pontualmente uma renda convencionada.

Na Idade Média, a enfiteuse ganhou força e passou a ser considerada um privilégio para os senhores feudais. Isso porque o titular do domínio útil suportava o ônus do pagamento da renda, apresentando-se esta como uma prestação servil de vassalo a senhor (GOMES, 2010).

No Brasil, a evolução do instituto teve início no período colonial e exerceu papel fundamental para o povoamento da nação recém-descober-

ta. Por conta do direito de conquista ou do descobridor, as terras brasileiras passaram a ser consideradas territórios de Portugal.

Como já mencionado, através do Regime de Sesmarias, a Coroa Portuguesa concedia lotes de terras a particulares para que estes pudessem explorar e cultivar, mediante pagamento de quantia anual. Caso não atingissem o objeto previsto, as glebas eram devolvidas a Portugal. Tanto os lotes objetos de doação quanto as terras devolutas serviram de base para o surgimento dos primeiros contratos de enfiteuse no Brasil.

3 A EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA ACERCA DA ENFITEUSE

3.1 Fundamentos Jurídicos do Instituto à Época da sua Implementação

É certo que a necessidade histórica criou a enfiteuse para o povoamento das terras, como anteriormente evidenciado. Dessa forma, devido à sua importância social à época, o Código Civil de 1916, escrito ainda no século XIX, inseriu o instituto no rol legal e restrito dos direitos reais, previsto em seu art. 674:

> Art. 674. São direitos reais, além da propriedade:
>
> I - a enfiteuse;
>
> II - as servidões;
>
> III - o usufruto;
>
> IV - o uso;
>
> V - a habitação;
>
> VI - as rendas expressamente constituídas sobre imóveis;
>
> VII - o penhor;
>
> VIII - a anticrese;
>
> IX - a hipoteca.

O próprio Código brasileiro de 1916, no art. 678, trouxe a definição do instituto ao lecionar que:

> Art. 678. Dá-se a enfiteuse, aforamento, ou emprazamento, quando por ato entre vivos, ou de última vontade, o proprietário atribui a outrem o domínio útil do imóvel, pagando a pessoa, que o adquire, e assim se constitui enfiteuta, ao senhorio direto uma pensão, ou foro, anual, certo e invariável.

A enfiteuse é um direito real limitado sobre coisa alheia, no qual confere a alguém, perpetuamente, os poderes inerentes ao domínio útil, com a obrigação de pagar ao dono do bem imóvel uma renda anual (GOMES, 2010).

Para a configuração do aforamento é necessária presença de dois sujeitos, quais sejam: o enfiteuta, também conhecido como foreiro, e o senhorio direto. Enquanto este possui o domínio direto do imóvel, aquele é titular do domínio útil, isto é, obtém a posse direta e imediata do bem.

Em se tratando de direito real imobiliário, a enfiteuse sempre recairá sobre coisa alheia imóvel. Consoante lecionava o art. 680 do Código Civil de 1916, a aplicação do emprazamento sempre se limitava a terras não cultivadas e aos terrenos destinados à edificação, em razão da necessidade histórica de aproveitamento das terras.

Ademais, a enfiteuse pode ter por objeto os terrenos de marinha e seus acrescidos, assim denominada de Enfiteuse Pública, Especial ou Administrativa. Estes terrenos são considerados bens públicos da União (art. 20, inciso VII da CRFB/88), banhados pelo mar ou rios onde exista influência das marés, situados na faixa de terra que vai até a distância de 33 metros da linha imaginária, calculada com base na preamar marítima datada de 1831. Esse aforamento é regulado por uma lei especial, o Decreto-Lei 9.760/46, de natureza eminentemente administrativa.

De acordo com o art. 678 do Código de 1916, a enfiteuse poderia ser constituída por ato *inter vivos* ou *mortis causa*, obedecendo, destarte, os requisitos do contrato e do testamento. Em ambos os casos, é preciso inscrever o imóvel no Registro Imobiliário, posto que sem o título, não figuraria como direito real.

O aforamento atribuía ao beneficiário uma situação jurídica análoga à de proprietário, devido ao fato de que o instituto era composto por um complexo jurídico transmissível por sucessão hereditária ou transferível por ato entre vivos (PEREIRA, 2015).

Tal definição resulta no efeito característico da enfiteuse: a perpetuidade. Caso não houvesse essa figura elementar, o aforamento não passaria de um simples arrendamento (art. 679, CC de 1916). Poderia, ainda, o aforamento constituir-se por usucapião. A sentença judicial declaratória de usucapião serviria como título a ser transcrito no Registro de Imóveis.

No tocante aos direitos do enfiteuta, titular do domínio útil, o foreiro pode usar, gozar e dispor do bem. Pode ainda instituir subenfiteuse, que consistia na transferência que o enfiteuta fazia de seu direito a alguém, sem, contudo, desligar-se da relação jurídica que o ligava ao senhorio direto, previsto no art. 694 do Código revogado.

Soma-se isto ao direito de preferência do foreiro, no caso de o senhorio pretender vender o domínio direto. Ademais, assiste-lhe o direito de resgate, faculdade concedida ao foreiro com o fito de libertar o imóvel aforado do ônus que o agrava, mediante pagamento de um laudêmio, que era de 2,5% sobre o valor da alienação, e de 10 pensões anuais, consoante expressava o art. 693, do CC de 1916. Desse modo, ao resgatar a enfiteuse, o foreiro obtém a propriedade plena do imóvel, concorrendo, assim, para a extinção gradual do instituto.

No campo das obrigações do Enfiteuta, o dever de conservar a substância da coisa e de pagar os impostos e taxas e gravarem o bem. Além disso, o enfiteuta está sujeito ao pagamento anual do foro, também chamado de cânon ou pensão anual, sob pena de incidir em comisso.

O foreiro também deverá efetuar o pagamento do laudêmio, na hipótese de alienação do imóvel aforado. Nessas cessões onerosas a lei assegura ao senhorio o direito de opção, ou seja, o direito de preferência para adquirir o bem, funcionando assim como uma espécie de "compensação à sua desistência de exercer o direito de preferência" (GOMES, 2010, p. 288).

Enquanto titular do domínio eminente do bem, a figura do Senhorio direto apresenta uma série de direitos dominiais, tais como: a preferência na aquisição do imóvel, nos casos de venda ou dação em pagamento; o recebimento do pagamento do laudêmio e do resgate; possibilidade de alienar o domínio direto, dentre outros.

Como ocorre em toda relação jurídica, a enfiteuse pode ser extinta de algumas formas, como por exemplo, pela natural deterioração do imóvel aforado, pelo falecimento do foreiro, sem herdeiros, pelo perecimento da coisa ou pela desapropriação do imóvel.

Extingue-se também o direito real limitado quando o "foreiro exerce seu direito de resgate, cumprindo todos os requisitos do art. 693 do Código Civil de 1916, comprando o direito do senhorio direto, tornando-se o proprietário" (DINIZ, 2015, p. 430).

A partir da análise conceitual do instituto, cumpre observar a contextualização jurídica da enfiteuse à luz do direito contemporâneo.

3.2 O Atual Regramento da Enfiteuse Diante da Constituição Federal e a da Legislação Infraconstitucional

A enfiteuse exerceu papel fundamental para o desenvolvimento no Brasil, servindo de instrumento de utilidade econômica e social.Todavia, ao longo de sua implementação, diversas críticas surgiram ao instituto, principalmente por este conservar uma série de privilégios e benefícios ao senhorio. Talvez, por esse motivo, a enfiteuse tenha sofrido manifestações contrárias nos anos de 1950, 1965 e 1968, até ser excluída do rol de direitos reais no Código Civil de 2002.

Hoje, o Código Civil Brasileiro estabelece, em seu art. 2.038, inserido nas Disposições Finais e Transitórias, a proibição de se constituírem enfiteuses e subenfiteuses, subordinando-se aquelas já existentes, até a sua extinção, aos princípios do código revogado de 1916:

> Art. 2.038. Fica proibida a constituição de enfiteuses e subenfiteuses, subordinando-se as já existentes, até sua extinção, às disposições do Código Civil anterior, Lei 3.071, de 1° de janeiro 1916, e lei posteriores.
>
> § 1° Nos aforamentos a que se refere este artigo é defeso:
>
> I – cobrar laudêmio ou prestação análoga nas transmissões do bem aforado, sobre o valor das construções e plantações;
>
> II – constituir subenfiteuse.
>
> § 2° As enfiteuses dos terrenos de marinha e acrescidos regula-se por lei especial.

De um lado, doutrinadores afirmam que os aforamentos serão definitivamente extintos a partir da data de vigência do novo código, que passou

a vigorar em 11 de janeiro de 2003. Por outro lado, autores defendem a tese de que a supressão efetiva do instituto só poderia ocorrer após 10 anos, contados da data de publicação do Projeto de Lei nº 6.960/2002. Até o presente momento, o projeto de lei encontra-se arquivado, sem previsão de apreciação, demonstrando um instituto em vias de extinção.

Atualmente, permanecem em vigor as enfiteuses privadas constituídas até 2002, em face da regra de direito intertemporal, inserida no art. 2.038, *caput*, do Código Civil vigente.

Como exemplo clássico, é imperioso ressaltar os aforamentos feitos em grande parte da cidade de Petrópolis, no Rio de Janeiro, cujos titulares do domínio eminente (senhorio direto) são os Orleans e Bragança, herdeiros atuais da família real no Brasil.

Em Sergipe, o instituto foi largamente utilizado, principalmente na capital do Estado. Nesse sentido, é válido destacar a enfiteuse particular constituída na região do Bairro Santo Antônio e adjacências, cuja Associação Aracajuana de Beneficência (Hospital Santa Isabel) é titular do domínio direto dos terrenos aforados. Esta foi objeto de litígio no Superior Tribunal de Justiça, como evidenciado no REsp nº 884.122, de relatoria da Ministra Eliana Calmon.

Em se tratando de enfiteuses públicas, estas continuam plenamente em vigor, sendo reguladas pelo Decreto-Lei 9.760/46, e pelas Leis 9.636/98 e 11.481/2007, notadamente de direito público. Também denominada de Administrativa ou Especial, as enfiteuses em imóveis da União, ocorrem através de contrato de aforamento firmado entre a Secretaria de Patrimônio da União e o particular. Apesar de ativas, constituem objetos de ampla repercussão, principalmente em virtude da cobrança de taxa anual de foro e laudêmio.

Isso porque os chamados terrenos de marinha, bastante valorizados pela localização nas áreas litorâneas, são importantes fontes de receitas patrimoniais do governo federal, uma vez que a União arrecada quantias vultosas com o foro e o laudêmio, pressupostos lógicos da enfiteuse.

Corroborando tal afirmação, dados da Secretaria do Patrimônio da União (SPU), órgão responsável pela demarcação de terrenos e arrecadação de taxas, aponta um crescimento nas receitas patrimoniais do governo federal, que chegou a uma arrecadação de R$ 652.098.315,26 no período compreendido entre janeiro e dezembro de 2017. Já em 2018, no inter-

valo de janeiro a dezembro, a SPU teve arrecadação nacional de receitas acumuladas no importe exorbitante de R$ 795.238.895,48. Desse total, foram recolhidos R$ 87.097.982,38 apenas com o Laudêmio.

Com o objetivo de amenizar a situação e corrigir distorções, o próprio governo federal propôs ao Congresso Nacional mudanças no sistema de cobrança pelo uso de terrenos da União. Nesse sentido, impende ressaltar as tentativas de redução de taxas, remissão e parcelamento de dívidas da União, propostas pela Medida Provisória nº 732/2016 e pela Lei 13.240/2015.

Apesar das polêmicas que envolvem o instituto e as inovações legislativas que cercam a cobrança do laudêmio, estas não foram suficientes para determinar o definitivo desaparecimento da enfiteuse no ordenamento jurídico brasileiro.

4 A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NA ORDEM ECONÔMICA E SOCIAL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A (IN)ADEQUAÇÃO DA ENFITEUSE

4.1 A Finalidade Social da Propriedade Diante da Constituição Federal de 1988

Por representar uma estrutura jurídica complexa, a propriedade passou por diversas transformações até chegar a sua atual configuração, influenciada pela função social da propriedade. A concepção desse princípio não é recente, tendo sido abordada até mesmo pela doutrina cristã, com a Encíclica *Mater et Magistra* do Papa João XXIII.

Contudo, foi o jurista humanista Leon Duguit que inseriu, de forma inédita, a expressão função social da propriedade. Rompendo com o sistema capitalista enaltecedor da propriedade privada, o autor pregava que a propriedade não é um direito subjetivo do indivíduo, mas uma função social do detentor de riquezas, implicando, para este, a "obrigação de empregá-la para o crescimento da riqueza social e para a interdependência social". (DUGUIT, apud GOMES, p. 121).

Diferentemente da visão individualista difundida no Código revogado de 1916, a tutela da propriedade é analisada hoje sob uma nova perspectiva, diretamente influenciada pela constitucionalização do direito ci-

vil, a fim de garantir maior eficácia às normas de direito privado e aos direitos fundamentais.

No âmbito constitucional, Deboni (apud ANDRADE, 2014) assevera que o direito de propriedade evoluiu através de três fases distintas. A primeira fase corresponde ao caráter individual e absoluto dado à propriedade. Na segunda fase, esta se depara com uma geração preocupada com a coletividade, que dedica particular atenção aos direitos sociais. Por fim, tem-se a terceira geração, na qual acrescenta à função social um novo elemento: uma função ambiental à propriedade.

Com efeito, a Carta Magna de 1988 deu ênfase a um dos principais desafios enfrentados pela sociedade contemporânea: a utilização social da propriedade. Inserido no modelo de Estado Democrático de Direito, o direito a propriedade deve ser exercido de acordo com sua função social, não só atendendo o interesse do proprietário individual, como também em benefício da coletividade.

Nesse diapasão, a Constituição Federal de 1988 foi a primeira a inserir o princípio da função social da propriedade no rol dos direitos e deveres individuais e coletivos, conforme dispõe o art. 5º, caput e nos incisos XXII e XXIII:

> Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros aqui residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> (...)
>
> XXII - é garantido o direito de propriedade;
>
> XXIII - a propriedade atenderá sua função social;

Ademais, é imperioso salientar que "a concepção de propriedade continua a ser elemento essencial para determinar a estrutura econômica e social dos Estados" (VENOSA, 2015, p. 171). No título relativo à ordem econômica e financeira, a Carta Maior consagrou a função social como um dos princípios gerais da atividade econômica, inserida no art. 170, III, art. 182, §§ 2º e 3º, e por fim, no art. 186, da CRFB/88. Estes artigos versam sobre a função social da propriedade

urbana e rural, bem como determina sanções pelo descumprimento da referida função.

Nas lições de Maria Helena Diniz (2015), o princípio da função social de propriedade deve estar condicionado não só a destinação socioeconômica do bem, como por exemplo, em um imóvel rural, onde se exerce atividade agrícola, pecuária e extrativista, como também que sua utilização respeite o meio ambiente, as relações de trabalho, o bem-estar social e a utilidade de exploração.

Destarte, o caráter absoluto da propriedade contido no Código Civil de 1916 deu lugar à finalidade coletiva e social da terra, principalmente a partir da promulgação da Constituição Federal em 1988. Esse ideal foi transplantado para o Código Civil de 2002, ocasionando significativas mudanças no direito privado, que não mais interpreta a propriedade como um direito individual, mas sob a ótica do interesse social.

4.2 Os Reflexos da Inadequação do Instituto

Como anteriormente mencionado, a enfiteuse foi instituída com o objetivo favorecer o aproveitamento das terras não-cultivadas, bem como desenvolver a urbanização nas grandes propriedades a fim de serem ocupadas e exploradas. Durante o período de colonização do Brasil, o aforamento desempenhou importante função social.

Entretanto, essa finalidade original se desvirtuou no decorrer dos anos, principalmente com o desaparecimento de grandes porções de terras desocupadas. Devido às características peculiares que permeiam o aforamento, como por exemplo, seu caráter de perpetuidade e a concessão de uma série de privilégios e vantagens ao senhorio, o instituto da enfiteuse foi se distanciando, aos poucos, do princípio da função social da propriedade.

Além disso, em virtude da valorização da especulação imobiliária e desvalorização da moeda, a enfiteuse se tornou um instituto economicamente desinteressante.

Com o advento do Código Civil de 2002, tornou-se proibida a constituição de novas enfiteuses e subenfiteuses, subordinando aquelas já existentes aos princípios do código revogado. Apesar de tal proibição, os efeitos do instituto refletem até hoje na sociedade, sobretudo pela permanência das Enfiteuses da União.

Conforme já explicitado, essa modalidade de aforamento especial tem por objeto os chamados terrenos de marinha, situados na costa litorânea brasileira, sobre os quais incidem o foro e o laudêmio. A enfiteuse administrativa é regulada por uma legislação especial, qual seja o Decreto-Lei nº 9.760/46, notadamente de direito público.

Enquanto o foro é o valor pago anualmente à União para que o enfiteuta obtenha o domínio útil do bem, o laudêmio é pago uma única vez, em caso de alienação do imóvel situado em terreno de marinha. Ambos constituem obrigações do enfiteuta, ocasionando uma série de prejuízos aos titulares de domínio útil de imóveis dominiais da União.

Essas taxas ocasionam grande repercussão econômica, principalmente no setor imobiliário. Isso porque a demarcação dos terrenos de marinha, realizada com base em padrões determinados em 1831, totalmente distante da realidade atual do país. Como resultado, a cobrança de foro e laudêmio incidentes sobre esses imóveis têm prejudicado muitos proprietários, visto que tais exigências impõem um ônus adicional nas transferências imobiliárias.

Sem uma destinação específica, os recursos arrecadados com as cobranças apenas enriquecem os cofres públicos da União. De acordo com a Secretaria de Patrimônio da União (SPU), só no Estado de Sergipe, recoberto por extensa faixa litorânea, a União arrecadou, no intervalo de janeiro a dezembro de 2015, um total de R$ 35.885.937,70 com receitas patrimoniais. Desse total, o laudêmio e o foro correspondem à quantia de R$ 28.562.622,98.

Apesar das tentativas de reduzir os encargos derivados da enfiteuse ou até mesmo extingui-las de vez do ordenamento pátrio, a tendência é o gradual desaparecimento do instituto, visto que os atuais entraves sociais e econômicos que giram em torno da propriedade não justificam a manutenção desse arcaísmo jurídico. Em contrapartida, os problemas de ocupação de solo estão sendo enfrentados através de institutos jurídicos mais dinâmicos e eficazes.

Por isso, muitos doutrinadores contemporâneos defendem que a enfiteuse foi substituída pelo Direito de Superfície, introduzido pelo Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001) e pelo Código Civil de 2002. A partir de uma releitura do direito civil à luz da Constituição Federal, verificou-se que a enfiteuse não mais se coaduna com a realidade atual.

Com o processo de crescimento das cidades, o Brasil deixa de ser um país rural para se tornar urbano. Diante da intensificação do processo de urbanização, a enfiteuse se tornou inadequada e atemporal, posto que a inconveniência de manter o enfiteuta ligado perpetuamente ao senhorio direto prejudicava o dinamismo econômico e a circulação de capital.

De fato, por representar um sistema ultrapassado, com inúmeras vantagens concedidas ao titular do domínio direto, o instituto se distanciou do princípio da função social da propriedade e do direito fundamental à moradia digna. É nesse contexto que o Direito de Superfície surge, como instrumento jurídico da política urbanística.

Incluído no rol de direitos reais do Código Civil de 2002, o instituto permite que proprietário do solo, denominado de fundieiro, conceda, por um tempo determinado, de forma gratuita ou onerosa a outra pessoa (superficiário), o direito de construir ou plantar em seu terreno, mediante escritura pública devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis, consoante assevera o art. 1.369, CC.

Nessa perspectiva, Venosa (2015) adverte que o direito de superfície substitui com vantagem o regime de aforamento. Diferentemente da enfiteuse, que tinha por objeto solos não explorados e terrenos destinados à edificação, o direito de superfície apresenta um objetivo mais amplo, permitindo melhor utilização da coisa.

Além disso, o novo instituto trouxe uma série de benefícios. Enquanto a enfiteuse adotava um caráter permanente, o direito de superfície, em que a concessão pode ser a título oneroso ou gratuito, estabelece um prazo determinado. Há também a separação da propriedade superficiária, tendo em vista que o fundieiro continua como proprietário do terreno, ao passo que a construção e a plantação ficará sob encargo do superficiário.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como evidenciado ao longo da pesquisa, a enfiteuse exerceu importante função socioeconômica para o desenvolvimento do Brasil, oportunizando à população local um meio alternativo de cultivar e explorar a terra. Todavia, devido às suas características peculiares, transformou-se em um instituto ultrapassado, incompatível com a ordem jurídica atual.

Apesar de ser excluído do rol de direitos reais, o regime enfitêutico ainda subsiste no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo com a permanência das Enfiteuses da União, que abrangem expressiva extensão territorial.

Desse modo, os efeitos dos aforamentos remanescentes refletem negativamente na economia, sobretudo na especulação imobiliária, tendo em vista as obrigações sustentadas pelo enfiteuta, como pagamento de foro e laudêmio, objetos de litígio no setor imobiliário.

Diante do contexto, torna-se difícil justificar a manutenção do instituto no Código Civil. Destarte, a extinção do regime enfitêutico, de forma gradual e programada, há de proporcionar benefícios diversos, não só na esfera social como também no campo econômico e financeiro, facilitando as aquisições e regularizações de imóveis, bem como as transações imobiliárias, além de reduzir uma série de encargos suportados pelos cidadãos brasileiros sujeitos ao regime, como no caso do foro e do laudêmio.

Ademais, cumpre salientar a substituição do instituto pelo Direito de Superfície, considerado por muitos autores como uma evolução da enfiteuse. Em virtude da constitucionalização do direito civil na sociedade contemporânea, verificou-se que o direito de superfície, comparado ao aforamento, é o instituto que mais se aproxima do princípio da função social da propriedade, pois permite uma melhor utilização da terra.

Em suma, o direito de superfície oferece as melhores alternativas para com o aproveitamento do solo, sobretudo por abarcar um sistema mais democrático e funcional da propriedade.

Nessa perspectiva, diversos mecanismos de supressão da enfiteuse estão sendo colocados em pauta, como os projetos de lei e propostas de emendas anteriormente citados. Assim, torna-se evidente a tendência evolutiva de que a enfiteuse desaparecerá por definitivo do ordenamento jurídico pátrio.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Anastacia Beda Oliva do; SOARES, Adriano. **A extinção do instituto da enfiteuse em terras particulares no código civil de 2002 comparado ao direito de superfície**. Disponível em: <http://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1493/1173>. Acesso em: 29 jan 2019.

ANDRADE, Diogo de Calasans Melo. **O princípio da função social da propriedade urbana**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 jan. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei 9.760, de 05 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del9760.htm>. Acesso em: 29 jan. 2019.

BRASIL. Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1910-1919/lei-3071-1-janeiro--1916-397989-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 28 jan. 2019.

BRASIL. Lei 10.257, de 10 de julho de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 28 jan. 2019.

BRASIL. Lei 10.406, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 28 jan. 2019.

BRASIL. Lei 13.139, de 26 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13139.htm>. Acesso em: 28 jan. 2019.

BRASIL. Lei 13.240, de 30 de dezembro de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13240.htm>. Acesso em: 28 jan. 2019.

BRASIL. Medida Provisória nº 732, de 10 de junho de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Mpv/mpv732.htm>. Acesso em: 28 jan. 2019.

BRASIL. Projeto de Lei 6.960. Acompanhamento de tramitação. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=56549>. Acesso em: 28 jan. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Diário de Justiça Eletrônico. Resp nº 884.122. SE 2006/0195245-2. Relatora: Ministra Eliana Calmon.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro:** Direito das Coisas. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DORE, Eric Baracho. **O instituto da enfiteuse:** das origens romanas ao contexto nacional contemporâneo e tendências futuras. Disponível em: <http://www.rdm.uff.br/index.php/rdm/article/view/67>. Acesso em: 29 jan. 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais.** 12ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

FONSECA, Paulo Henrique. **A ENFITEUSE E FUNÇÃO SOCIAL DO SOLO URBANO: A regularização local e popular**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/paulo_henriques_da_fonseca.pdf> Acesso em: 29 jan. 2019.

FURTADO, Celso. **Formação Econômica do Brasil**. 34. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 20ª ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MALACARNE, Cassiano. **A regulação da enfiteuse ou aforamento pelo direito romano-canônico e monárquico em Portugal em fins do século XIII e começo do XIV: predecessores da enfiteuse no Brasil.** Disponível em:<http://www.biblionline.ufpb.br/ojs2/index.php/srh/article/view/15030>. Acesso em: 30 jan. 2019.

OLIVEIRA, Patrícia Fonseca Carlos Magno de. **Direito de Superfície:** uma análise comparada no Estatuto da Cidade e no Novo Código Civil. Revista de Direito da Cidade, Rio de Janeiro, vol. 03, nº 02, p. 01-66, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SECRETARIA DO PATRIMÔNIO DA UNIÃO. Dados Estatísticos da Arrecadação de Receitas Patrimoniais do ano de 2015. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/assuntos/patrimonio-da_uniao/arrecadacao/2015/arrecadacao_acumulado_2015.pdf/view>. Acesso em: 10 out. 2016.

SECRETARIA DO PATRIMÔNIO DA UNIÃO. Dados Estatísticos da Arrecadação de Receitas Patrimoniais do ano de 2016. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/assuntos/patrimonio-da-uniao/arrecadacao/2016/arrecadacao-spu-acumulada-jan-jul-de-2016.pdf/view >. Acesso em: 10 out. 2016.

SOUZA, Marcos Rogério. **Regime jurídico da propriedade produtiva no direito brasileiro**. 2007, 170 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Paulista, Franca, 2007. Disponível em: < http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp031926.pdf> Acesso em 29 set. 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil:** Direitos Reais. 15. Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Alessandra Valle Salino
Glaucia Maria de Araújo Ribeiro

1. INTRODUÇÃO

A judicialização da saúde teve desenvolvimento com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) que não só conferiu aos direitos, em especial os direitos sociais, uma garantia de efetividade, deixando ultrapassado o tempo de meras conjecturas teóricas e declaratórias para se apresentar como prestações fáticas.

O direito à saúde está atrelado ao direito à vida está previsto na CRFB/88 como direito de todos e dever do Estado (arts. 5, 6 e 196), sendo um direito social. Sua garantia deve ser incrementada por meio de políticas públicas de cunho socioeconômico, cujo objetivo é reduzir o risco de doença e de outros agravos, isto é, medicina preventiva, através do acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

Sob o prisma constitucional foi estabelecido o Sistema Único de Saúde (SUS), sistema público de saúde, formado por uma rede regionalizada e hierárquica de ações e serviços de saúde, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: (i) descentralização, com direção única em cada esfera de governo; (ii) atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; (iii) participação da comunidade - CRFB/88, art. 198, inciso I (BRASIL, 1988).

Assim sendo, o Brasil legitima o direito à saúde que passa a ser garantido pelas normas constitucionais, fazendo com que o Judiciário admita a sua efetivação.

Entretanto, o Estado passa a construir métodos voltados à satisfação dos direitos fundamentais, despido de falta de compromisso para com o ser humano desenvolvendo, num contexto crítico e emancipatório, o debate político da judicialização da saúde. Neste quadro social, as políticas públicas, e dentre elas as de saúde, não continuam imunes ao sistema de produção regular, residual e replicadora de riscos e ameaças. Este processo social impõe a todos os envolvidos, profissionais da saúde, sociedade civil, elaboradores de leis e executores de políticas o desafio de erguer pactos sociais considerando esse novo cenário da saúde.

Dessa forma, a partir do fim da década de 1990 a judicialização da saúde torna-se um problema devido à existência de limites de atuação do Estado, quais sejam: (i) limite material, também denominado fático, em que se atrela à disponibilidade efetiva de recursos orçamentários, construção teórica reconhecida como Teoria da Reserva do Possível[41] e, (ii) o limite jurídico que impõe uma restrição ao poder estatal em dispor o objeto do direito reconhecido. Paralelamente, as experiências judiciais e mecanismos extrajudiciais exitosos no âmbito da Justiça constituem parâmetros para uma volumosa demanda judicial em saúde, tendo como fundamento a dignidade humana como contraponto ao risco de ausência de cuidados à saúde pelo poder público.

2. MARCO TEÓRICO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

O Estado é o protetor dos direitos sociais, aqui incluído o direito à saúde, componente medular de mais alto valor jurídico na ordem constitucional vigente. O princípio da dignidade humana se traduz como o mais valioso na ordem espiritual, material e legal aproximando o Direito a uma modulação mais chegada e permeável à vida, consagrando formas democráticas do modelo participativo do Estado Democrático de Direito, com a utilização e a concretização de políticas públicas de saúde voltadas ao bem-estar do cidadão.

41 *"Der Vorbehalt des Möglichen",* Teoria desenvolvida na Alemanha no início dos anos de 1970, como ensina Paulo Roberto Lyrio Pimenta (2012, p. 12).

Os direitos sociais são realizados por meio de políticas públicas dotadas de natureza estratégica que demandam limite ao binômio necessidade/possibilidade e, no final da década de 1990, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), da lavra do Ministro Celso de Melo, no exercício da Presidência (PET 1246 MC/SC)[42], aparece como o primeiro precedente importante sobre o tema ao proclamar a existência de direito subjetivo, afastando a reserva do possível (ORSATTO, 2017, p.54), reforçando a judicialização como um problema, nos dizeres de Bucci (2017, p.33).

No Brasil, período imperial e na República Velha, a saúde foi marcada como um poder político, sob a influência de relações patrimonialistas que a caracterizavam como uma dádiva do Estado à sociedade. Em consequência dessa peculiaridade, seria uma espécie de favor que poderia ser suprimido ou limitado em dado momento, sem qualquer garantia para a sua manutenção, aspecto esse que muito aumentou a partir da adoção de medidas curativas e campanhas nacionais que marcaram o período, alcançando a saúde status político tratada como assunto de interesse estatal, embora com um aspecto nefasto: sua exigibilidade pelos cidadãos dependia da vontade discricionária do poder público. Nenhum respaldo jurídico-legal assegurava a universalidade do direito à saúde, sendo manipulada de forma autoritária pelo Estado a possibilidade e a discricionariedade de efetuar ações em saúde em benefício de poucos e em detrimento de muitos, a exemplo do que se ocorreu no âmbito da Revolta da Vacina de 1904. Diante desse cenário governamental, "com uma forte influência do 'mundo dos programas', que foi desenvolvido com estratégias campanhísticas de 'sanitarização' da população, a saúde é vista em ampla medida como um *favor",* assevera Asensi (2012, p.19).

A saúde pública tem caráter coletivo e a atuação do Estado aparece no intuito de controlar o movimento social, cuja atuação é prevista em leis dispondo o que a Administração Pública deve executar e fazer realizar. O direito da saúde pública é, portanto, parte do direito administrativo "porque se trata de disciplina normativa que se caracteriza pelo preenchimento daqueles princípios básicos da supremacia do interesse público sobre o particular e da indisponibilidade do interesse público", descreve Dallari (2003, p.49).

42 Julgado em: 31 jan.1997. Publicado em: DJ 13 fev. 1997.

Empregar o princípio da dignidade humana, sob a perspectiva do direito à saúde, é algo recorrente como fundamento nas decisões judiciais que pode levar a abusos e arbitrariedades se, for levado em consideração a busca pela manutenção e/ou recuperação da saúde.

Nesse contexto se situam as típicas ações judiciais, particularmente suscetíveis a essa tendência, como as demandas por tratamentos médicos e/ou fornecimento de medicamentos não previstos nas listas do SUS, seja porque são recém-chegados ao mercado, experimentais ou por não terem a devida comprovação científica de sua eficácia ou de seu custo-efetividade.

Em determinadas situações, pacientes e médicos possuem a convicção que com esses tratamentos/medicamentos é possível recuperar a saúde do enfermo e então, exigem que o Estado os forneça via poder Judiciário, sob a alegação de que a falta da oferta dos mesmos ofenderia a dignidade do doente por considerarem parâmetro principal da ação estatal a promoção da dignidade humana, como se constata no artigo 1º da CRFB/88[43].

O direito à saúde é estabelecido pelo artigo 196 da CRFB/88 como (i) direito de todos e (ii) dever do Estado, (iii) garantido mediante políticas sociais e econômicas (iv) que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos, (v) regido pelo princípio do acesso universal e igualitário (vi) às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1988).

As ações e os serviços de saúde são de relevância pública, integrantes de uma rede dividida em regiões e hierarquizada, sob o critério da subsidiariedade, e constituem o SUS, regido por quatro diretrizes básicas, a saber: (i) direção administrativa em cada nível do poder público; (ii) descentralização político-administrativa; (iii) atendimento integral, de preferência voltado às atividades preventivas; (iv) participação da sociedade, baseado no (v) financiamento público e (vi) cobertura universal das ações de saúde (BRASIL, 1988).

---

43 Art. 1º- A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - *a dignidade da pessoa humana*;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político (BRASIL, 1988).

Para manter tal sistema é preciso, de um lado ter (i) estabilidade nos gastos públicos com a saúde e de outro, (ii) buscar meios de captação de recursos financeiros para fins de tornar efetivo o direito à saúde em favor de qualquer pessoa. Isso porque de um lado os recursos públicos são limitados e a procura por serviços públicos na área da saúde são infinitos e o que denota é um desequilíbrio na distribuição desses recursos, quando o atendimento ocorre pela via judicial, já que um número restrito de pacientes contemplados em comparação à sociedade é pequeno (BRASIL, 2012, p.12).

O desequilíbrio de um desses fatores, a exemplo, o trâmite burocrático de registro de medicamentos resulta na judicialização da saúde, vista como (i) ingerência do poder Judiciário na implementação de políticas públicas, causando o efeito multiplicador das decisões judiciais e a imprevisibilidade do impacto orçamentário das contas públicas, com reflexos nas ações e programas de saúde já implementados pelo Poder Público; (ii) transgressão aos princípios do acesso universal e igualitário, haja vista as políticas públicas de efetivação da saúde alcançam a população como um todo, e não às situações individualizadas; (iii) desobediência à conformação político-administrativa dos direitos sociais como atribuição reservada ao legislador e ao gestor público, que detém a discricionariedade de estabelecer a forma e as condições de atendimento das atuações positivas do Estado, compatível com a capacidade orçamentária, disponibilidade de recursos materiais e as demais prioridades de gastos públicos, permitindo que o Estado opte pela medida menos custosa.

A terminologia dotada de conceito indeterminado e vago sobre o "direito à saúde" é apontada como uma das celeumas para a sua análise pelo poder Judiciário. Com a atual estrutura constitucional, as Cortes brasileiras têm considerado a saúde um direito subjetivo, já que o artigo 196 da CRFB/88 é norma programática estipulando prioridade ao direito à saúde devido seu entrelaçamento com o direito à vida e à dignidade humana.

3. A INSTITUCIONALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE E SUA JUDICIALIZAÇÃO

Esta atribuição dada ao direito à saúde pelo Judiciário nacional com uma importância quase absoluta, ao mesmo tempo em que leva em conta

outros fatores envolvidos como meros interesses financeiros e secundários do Estado, faz com que a concepção do fundamento da "dignidade da pessoa humana" dotada de imprecisão de seu conceito, sofra distorção em sua utilização para exigir por parte do governo a respectiva obrigação de fazer.

As decisões judiciais em prol do direito à saúde tendo por base o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB/88) são significativas e a utilização desta premissa ética na preservação da saúde é ambígua, ora atrelado aos princípios da isonomia, da razoabilidade, ora consignado na teoria da reserva do possível, ora empregado no dever de proporcionalidade que "estabelece uma estrutura formal de aplicação dos princípios envolvidos: o meio escolhido deve ser adequado, necessário e não-excessivo" (ÁVILA, 2001).

"O conceito de serviço público se concentra no exercício das atividades essenciais do Estado, dotado de personalidade jurídica de direito público", preleciona Caio Tácito. O serviço público, a grosso modo, passa a ser desempenhado entre a Administração Pública Direta[44], "que tem como sujeito ativo o próprio Estado, e a Administração Indireta ou Descentralizada, na qual se inscrevem pessoas administrativas, dotadas de personalidade jurídica própria, embora sob controle do poder central" (TÁCITO, 1998, p.3).

Tal descentralização fora consagrada na Lei nº 8.080/90[45] no que se re-

44 Nomenclatura utilizada a partir do Decreto-Lei n. 200/67, já que a reforma administrativa do período de 1938-1945 obedeceu um 'sistema de administração geral' ao molde disposto no artigo 67 da Constituição de 1937: "Art 67 - Haverá junto à Presidência da República, organizado por decreto do Presidente, um Departamento Administrativo com as seguintes atribuições: a) o estudo pormenorizado das repartições, departamentos e estabelecimentos públicos, com o fim de determinar, do ponto de vista da economia e eficiência, as modificações a serem feitas na organização dos serviços públicos, sua distribuição e agrupamento, dotações orçamentárias, condições e processos de trabalho, relações de uns com os outros e com o público; b) organizar anualmente, de acordo com as instruções do Presidente da República, a proposta orçamentária a ser enviada por este à Câmara dos Deputados; c) fiscalizar, por delegação do Presidente da República e na conformidade das suas instruções, a execução orçamentária." Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 24 set. 2017.

45 A Lei Orgânica de Saúde nº 8.080/90 dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.

fere à prestação do direito à saúde, onde cabe à União (art. 16) as atribuições legais de execução direta das ações e serviços dessa natureza, as quais são de responsabilidade dos Municípios (art. 17) e, de forma supletiva, dos Estados, reservadas ao Distrito Federal as atribuições conjuntas dos Estados e dos Municípios (art. 19), em consonância a diretriz do SUS em que os Estados e Municípios são os gestores da rede descentralizada (BRASIL, 1990).

A escassez de recursos públicos e a crescente demanda por serviços sanitários exige, ainda que de forma preliminar, escolhas de prioridades, o que, não raras vezes, se busque pela Justiça na alocação de recursos. Esclarecedoras as palavras de José Joaquim Gomes nesse sentido:

> "A política assume aqui uma dimensão objectiva: os problemas existem, a comunidade terá de os enfrentar, a política visa resolvê-los, pelo menos tendencialmente. Esta constatação aponta já para o facto de a política pressupor a definição de objectivos, a escolha de soluções e a obtenção de meios. Ela liga-se, como vai ver-se em seguida, à ideia de estratégia." (CANOTILHO, 1993, p.22).

Os critérios na fixação de prioridades à luz de princípios jurídicos apontam para a importante contribuição do Direito, mas sabido que o tema direito à saúde é interdisciplinar, não se deve subjugar o auxílio de outros ramos da ciência. Em um Estado democrático a definição de prioridades não pode ser resultado de arbítrios de autoridades competentes, daí a dificuldade de definir prioridades aptas a propiciar tomada de decisões razoáveis e proporcionais publicamente.

Ademais, um outro fator deve ser levantado. Na CRFB/88, sob o ponto de vista jurídico, não há "elementos normativos que permitam estabelecer relações de prevalência incondicionada entre os direitos" (PEREIRA, 2018, p. 290).

Invocar direitos humanos e princípios de justiça para legitimar decisões judiciais que enfatizam a saúde não é algo incomum. A abordagem demonstra uma escolha distributiva que, invariavelmente, resultará em ganhadores e perdedores que nem sempre inibem a exclusão e a discriminação da sociedade envolvida. Isso porque, sob a ótica da justiça distributiva, grupos minoritários poderão ser sacrificados em benefícios de grupos majoritários.

O uso de um processo deliberativo equânime, denominado "*accountability* para a razoabilidade", estabelecendo prioridades diante de um quadro de escassez é método defendido por alguns estudiosos (BARCELOS, 2017, p. 471).

Esta pauta interpretativa deve constar de acentuada dose de cautela. O Judiciário, se afirmar hierarquização constitucionais absolutas entre os diversos bens e interesses tutelados por normas contidas na Carta Magna pode comprometer, de maneira grave, a operatividade dos princípios democráticos e a supremacia da Constituição, nos dizeres de Jane Reis Gonçalves Pereira (PEREIRA, 2018, p. 294). Daí o legislador precisar deixar certa margem de liberdade de ação, um feixe de discricionariedade que contempla os próprios limites do poder de conformação outorgado ao legislador, para aplicar os critérios interpretativos de determinados bens constitucionais, a qual é decorrente do princípio da separação de poderes e as premissas democráticas estatais.

Esse avanço doutrinário sobre a possibilidade de o Judiciário manifestar-se acerca do controle do mérito do ato discricionário não é recente. Basta rememorar os dizeres de Dinamarco (2000, p. 434) que imputa a Lei de Ação Popular[46] como responsável pela abertura do percurso do Judiciário em relação ao controle deste, atribuindo a tal Lei a "desmistificação do dogma da substancial incensurabilidade do ato administrativo", resultando na "sugestiva abertura para alguma aproximação ao exame do mérito do ato administrativo". A CRFB/88 foi além, ao fixar os objetivos fundamentais em seu art. 3º[47] - "para atingir esses objetivos fundamentais (aos quais se acresce o princípio da prevalência dos direitos humanos: art. 4º, II, da CRFB/88), o Estado tem que se organizar no *facere* e *praestare*, incidindo sobre a realidade social", como alude Grinover (2010, p.12).

O volume e impacto das ações judiciais na área da saúde pública são significativos. Abrangem desde atuação das agências reguladoras, Agência

46 Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, regula a ação popular.

47 Art. 3º: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III – erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Nacional de Saúde Suplementar (ANS)[48] e Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA),[49] até procedimentos cirúrgicos e/ou fornecimento de medicamentos, suplementos alimentares, órteses e próteses; criação de vagas em Unidades de Tratamento Intensivo (UTI's) e leitos; contratação de servidores de saúde; realização de cirurgias e exames; custeio de tratamentos fora do domicílio e de tratamentos no exterior; entre outros[50].

Exemplos de decisões nas mais altas Cortes judiciais nacionais, Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ) não faltam para ilustrar: (i) STF, "Saúde não é mercadoria. Vida não é negócio. Dignidade não é lucro. Direitos conquistados não podem ser retrocedidos sequer instabilizados", decisão cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 532[51]; (ii) STJ, "O seguro de saúde privado não pode fixar limites de gastos com hospitalização" - REsp nº 361.415 - RS (2001/0116181-9)[52]; (iii) STJ, Súmula 608, "Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão"[53]; (iv) STJ, Súmula 609, "A recusa de cobertura securitária, sob a alegação de doença preexistente, é ilícita se não houve a exigência de exames médicos prévios à contratação ou a demonstração de má-fé do segurado"[54]; (v) STJ, "Reajuste de plano de saúde por idade é válido desde que previsto em contrato e em per-

48 Agência reguladora de planos de saúde do Brasil.

49 Cuida da regulação de medicamentos, alimentos, agrotóxicos e outros produtos sujeitos à vigilância sanitária.

50 Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000086287&base=basePresidencia Acesso em: 24 ago.2018.

51 Disponível em: http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=384048. Acesso em: 18 jul. 2018.

52 Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal/docs/1/1686902.PDF. Acesso em: 18 jul. 2018.

53 Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/STJ-edita-quatro-novas-s%C3%BAmulas-e-cancela-uma-sobre-planos-de-sa%C3%BAde. Acesso em: 18 jul. 2018.

54 Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/STJ-edita-quatro-novas-s%C3%BAmulas-e-cancela-uma-sobre-planos-de-sa%C3%BAde. Acesso em: 18 jul. 2018.

centual razoável", REsp nº 1568244 – RJ (2015/0297278-0)[55]; (vi) STJ, Súmula 302, "É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado"[56].

Com o incremento da judicialização do direito à saúde, o Judiciário com relação ao sistema público de saúde brasileiro criou inovações institucionais visando "(i) minimizar os efeitos orçamentários da judicialização e/ou (ii) diminuir o número de litígios envolvendo o sistema público de saúde" (RIBEIRO & HARTMANN, 2016). Resultando na criação das (i) Câmaras de Resolução de Litígios de Saúde e do (ii) Núcleo de Apoio Técnico (NAT).[57]

Na seara administrativa, o Tribunal de Contas da União (TCU) realizou o relatório de auditoria operacional[58] relativo à judicialização da saúde no Brasil com dados colhidos nos estados do Amapá (AP), Minas Gerais (MG), Mato Grosso (MT), Paraná (PR), Rio de Janeiro (RJ), Rio Grande do Norte (RN), Rio Grande do Sul (RS), Santa Catarina (SC) e São Paulo (SP) (BRASIL, 2017a). "A fiscalização teve como objetivo identificar o perfil, volume e impacto das ações judiciais na área da saúde pública, bem como investigar a atuação do Ministério da Saúde (MS) e de outros órgãos e entidades dos três poderes" para atenuar, como informa o TCU, "os efeitos negativos da judicialização nos orçamentos e no acesso dos usuários à assistência à saúde, no que concerne à União e aos estados

55 Decisão se deu em julgamento de recurso repetitivo (Tema 952). A tese aprovada pelos ministros foi a seguinte: "O reajuste de mensalidade de plano de saúde individual ou familiar fundado na mudança de faixa etária do beneficiário é válido desde que (i) haja previsão contratual, (ii) sejam observadas as normas expedidas pelos órgãos governamentais reguladores e (iii) não sejam aplicados percentuais desarrazoados ou aleatórios que, concretamente e sem base atuarial idônea, onerem excessivamente o consumidor ou discriminem o idoso." Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Reajuste-de-plano-de-sa%C3%BAde-por-idade-%C3%A9-v%C3%A1lido-desde-que-previsto-em-contrato-e-em-percentual-razo%C3%A1vel. Acesso em: 18 jul. 2018.

56 Disponível em: http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ.pdf. Acesso em: 18 jul. 2018.

57 Plataforma digital com cadastro nacional de pareceres, notas e informações técnicas para dar ao magistrado fundamentos científicos para decidir se concede ou não determinado medicamento ou tratamento médico a quem aciona a Justiça.

58 Consolida a Fiscalização de Orientação Centralizada (FOC).

e municípios selecionados para análise", em vista do crescente número de demandas judiciais, atinentes a tratamentos médicos e medicamentos de dispensação excepcional (BRASIL, 2017b, p. 2).

Com relação a medicamentos de dispensação excepcional, o TCU constatou que as ações judiciais ao obrigar o fornecimento de medicamentos fora dos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas contribuíam (i) para falta dos medicamentos ao carrear recursos orçamentários para aquisição de drogas não previstas; (ii) punham em risco de escassez os remédios, por ocorrerem sem previsão das autoridades encarregadas pela programação da aquisição; e (iii) agravam a falta de recursos orçamentários para garantir a contrapartida estadual, já que a União transfere valor fixo em tabela por medicamento entregue, independentemente do valor de aquisição dos estados (BRASIL, 2004).

"Na década de 1990, a judicialização da saúde no Brasil referia-se basicamente a medicamentos para tratamento de HIV/Aids, cuja política já existia desde 1985", dispõe o Relatório de Auditoria do TCU. A demanda judicial por antirretrovirais foi intensa, o que contribuiu para que esses medicamentos fossem incorporados ao SUS. Nos anos seguintes, as "ações judiciais passaram a incluir diversos outros medicamentos, insumos, cirurgias, vagas em leitos de Unidades de Tratamento Intensivo (UTI's), entre outros" (BRASIL, 2017a). Com o decorrer do tempo, as demandas judiciais chegaram às instâncias superiores e, em 2009, o STF convocou audiência pública sobre o tema e, desta forma, reforçar subsídios técnicos para a definição de sua jurisprudência. Na ocasião, os casos emblemáticos a serem julgados eram as Suspensões de Tutela Antecipada (STA) 175 e 178, o alto custo do medicamento, embora houvesse registro junto à ANVISA, não era, por si só, motivo para o seu não fornecimento, "visto que a Política de Dispensação de Medicamentos excepcionais visa a contemplar justamente o acesso da população acometida por enfermidades raras aos tratamentos disponíveis"[59]. Essa audiência chamou a atenção de diversos atores para o problema, daí resultando: (i) na aprovação, pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) da Recomendação nº 31/2010, que estabelece diretrizes aos magistrados em relação às demandas judiciais que envolvem a assistência à saúde; (ii) na instituição do Fórum Nacional do

59 Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/sta175.pdf. Acesso em: 26 jul. 2018.

Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde – Fórum da Saúde (Resolução CNJ nº 107/2010) que instituiu, ainda, um sistema eletrônico de acompanhamento das ações judiciais que envolvem a assistência à saúde; (iii) na realização, pelo CNJ, das Jornadas de Direito da Saúde acerca de debates dos problemas principais relacionados à judicialização da saúde, assim como exibidos enunciados sobre o direito à saúde, com um total de 68 enunciados aprovados durante o período de 2014/2015; (iv) Em 2011, o Congresso Nacional aprovou a Lei nº 12.401, que trata sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do SUS, resultante de discussões ocorridas na audiência pública de 2009 do STF.

O CNJ, em 2015, em parceria com a Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), publicou pesquisa referente a processos de saúde pública e de saúde suplementar julgados em 2011 e 2012[60]. Foram detectadas as seguintes características: (i) a maioria das ações judiciais focam sobre aspectos curativos de saúde (medicamentos, tratamentos, insumos etc.) e pouco sobre aspectos preventivos (vacinas, exames etc.). "Isto evidencia que a judicialização da saúde ainda versa sobre uma dimensão bastante parcial de todas as ações e serviços de saúde que devem ser prestadas pelo poder público"; (ii) a litigância é predominantemente individual. "Isso reforça a ideia de que a microlitigação é um dado em saúde e o acúmulo de ações individuais gera desafios para as partes, o Judiciário e a própria gestão em saúde"; (iii) a taxa de sucesso é alta, com antecipação de tutela sem pedido de informações complementares, onde a "maioria dos casos houve confirmação do deferimento do pedido na sentença de 1ª instância e também no acórdão de 2ª instância"; (iv) a maioria das decisões pesquisadas não citou ou tomou como referência a audiência pública do STF realizada em 2009, "a respeito da judicialização da saúde, tampouco adotou quaisquer posições que estiveram presentes nesta audiência"; (v) a maioria das decisões judiciais não menciona as contribuições do CNJ acerca do tema, "especialmente as Recomendações nº 31 e nº 36, que sugerem estratégias de como os juízes devem lidar com a judicialização da saúde pública e suplementar na atividade judicante", nem as do Fórum Nacional, as do Comitês estaduais, nem as dos NAT como estratégia para esse tipo de

60 Englobando os Tribunais de Justiça dos estados de Acre, do Mato Grosso do Sul, de Minas Gerais, do Paraná, do Rio Grande do Norte e de São Paulo.

demanda judicial, "apesar de se observar nos dados uma tendência a sua utilização, especialmente nas capitais" (BRASIL, 2015).

Sendo assim, é preciso analisar a justiciabilidade – *justiciability*[61] – do direito à saúde, como ideia controvertida, e as críticas mais comuns contra ela dirigidas, para, ao final, se possível, demonstrar que as cortes judiciais são capazes e devem agir, desde que respeitem as funções privativas do Executivo, no âmbito de seu poder discricionário de estabelecer as políticas públicas, e do Legislativo por estabelecer regras legais obrigatórias que o Estado deve cumprir.

4. CONCLUSÃO

O direito à saúde, sob o aspecto da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, aponta para o dever objetivo do Estado adequar a sua estrutura organizacional, de modo que o indivíduo possa exigir a efetivação de seu direito subjetivo sem que a atividade estatal se afaste de um juízo de ponderação nesta relação de tensão entre o direito em conflito e o princípio da proporcionalidade na prestação deste.

Sabe-se que o tratamento médico e fornecimento de remédio se insere no rol dos deveres do Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), sendo dever prestar assistência à saúde de forma compartilhada, configurando a responsabilidade solidária destes em matéria de saúde, tanto do indivíduo quanto da coletividade.

As escolhas sanitárias feitas pelos gestores públicos são questões complexas, já que devem levar em consideração diversos parâmetros decisórios, não só pela natureza variada da ideia de saúde que integram a adoção de políticas públicas, como também abrangem vários setores de conhecimento e classes sociais, o que pode levar a uma resposta desvirtuada acerca das prioridades do sistema de saúde.

A judicialização da saúde é um fenômeno que ocorre na convergência entre os sistemas de justiça e o de saúde. Para suprir determinada necessidade de saúde, o cidadão ingressa no sistema judiciário com seu pedido e se transformam em ordens judiciais, direcionadas aos gestores públicos de

61 "*Justiciability* pode ser compreendida como a possibilidade de um direito ser garantido por juízes mesmo quando não há uma legislação ordinária que o regule, mas somente provisões constitucionais", ensina Daniela Martinez (2004, p. 201).

saúde para conceder tratamento terapêutico e/ou fornecimento de remédios, caso o litigante obtenha sucesso.

Portanto, apesar das inúmeras disputas nas instâncias judiciais brasileiras acerca da judicialização da saúde, o Brasil ainda necessita avançar no debate público referente ao significado e ao objeto do direito à saúde à luz dos novos avanços médicos.

5. REFERÊNCIAS

ASENSI, Felipe Dutra. *O direito à saúde no Brasil.* In: Direito Sanitário. Orgs: Felipe Dutra Asensi e Roseni Pinheiro. Ed Elsevier: Rio de Janeiro. 2012.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 4, jul., 2001.

BARCELLOS, Ana Paula de; SOUZA, Fábio; MELLO, Humberto Laport; FLORETINO, Juliana; SOUZA, Sérgio de; BIANCO, Técio. Direito à saúde e Prioridades: Introdução a um debate inevitável. *Revista Direito GV.* São Paulo. v. 13, n. 2, p. 457-83, maio/ago., 2017.

BRASIL. Senado Federal. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. Lei Orgânica de Saúde N.º 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília: 1990.

_____. Tribunal de Contas da União – TCU. TC 005.010/2004-2, Acórdão n. 1.673/2004 –TCU - Plenário, de 27/10/2004. Brasília: TCU, 2004.

_____. Advocacia Geral da União. *Intervenção Judicial na saúde pública Panorama no âmbito da Justiça Federal e Apontamentos na seara das Justiças Estaduais [relatório]*. Brasília: Consultoria Jurídica - Ministério da Saúde, 2012.

_____. Comissão Nacional de Justiça. CNJ. Justiça Pesquisa: *judicialização da saúde no Brasil – dados e experiências*. Brasília: CNJ, 2015.

_____. Tribunal de Contas da União – TCU. TC 009.253/2015-7, Acórdão n. 1787/2017-TCU-Plenário. Brasília: TCU, 2017a.

_____. Tribunal de Contas da União – TCU. Acórdão n. 1787/2017-TCU-Plenário. Brasília: TCU, 2017b.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Contribuição para redução da judicialização da saúde. Uma estratégia jurídico-institucional baseada na abordagem de Direito e Políticas Públicas. In:* Judicialização da Saúde. A visão do Poder Executivo. Coordenado por Maria Paula Dallari Bucci e Clarice Seixas Duarte. São Paulo: Saraiva. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional.* 6 ed. Coimbra: Almedina. 1993.

DALLARI, Sueli Gandolfi. *Direito Sanitário. In:* Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde. Departamento de Gestão da Educação na Saúde. Direito sanitário e saúde pública / Ministério da Saúde, Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde, Departamento de Gestão da Educação na Saúde; Márcio Iorio Aranha (Org.) – Brasília: Ministério da Saúde, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Discricionariedade, devido processo legal e controle jurisdicional dos atos administrativos. In:* Fundamentos do processo civil moderno. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. v. I.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário.* Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito, v. 7, n. 7, 2010.

MARTINEZ, Daniela. O direito à saúde: uma análise comparativa da intervenção judicial. *R. Dir. Adm*. v. 237, p. 197-221, jul./set., 2004.

ORSATTO, Silvio Dagoberto. *O direito social como fator de justicialidade da saúde pública no Brasil. In:* Judicialização da saúde no Brasil: uma abordagem interdisciplinar/Cristina Keiko Yamaguchi, Silvio Dagoberto Orsatto, Gustavo Borges (Orgs.). Erechim. 2017.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 2018.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. As normas constitucionais programáticas e a reserva do possível. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília v. 49, n. 193, p. 7-20, jan./mar. 2012.

RIBEIRO, Leandro Molhano; HARTMANN, Ivar A. *A judicialização do direito à saúde e as mudanças institucionais no Brasil.* O Judiciário e o Estado Regulador brasileiro [recurso eletrônico] / Mariana Mota Prado (Organizadora). – São Paulo: FGV Direito SP, 2016. 260 p. – (Coleção Acadêmica Livre).

TÁCITO, Caio. Perspectivas do Direito Administrativo no próximo milênio. *Revista de Direito Administrativo.* RJ: FGV. v. 212, p. 1-6, abr./jun., 1998.

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EXERCIDO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO AMAZONAS

Luma Pimentel Ferreira
Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho

INTRODUÇÃO

A partir do panorama do controle de constitucionalidade em geral, este estudo pretende verificar se a possibilidade do Tribunal de Contas do Estado do Amazonas – TCE-AM afastar lei ou ato normativo emanado do Poder Público, prevista no art. 292 e ss. do Regimento Interno daquela Corte – RITCE/AM, está em conformidade com a CRFB/88.

Além disso, verificar-se-á se não há usurpação da competência tanto do Supremo Tribunal Federal – STF, com fulcro no art. 102, I, a, da CRFB/88, como do Tribunal de Justiça do Estado, consoante art. 125, §1º, da CRFB/88, a partir do contexto fático.

I. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O objetivo do controle de constitucionalidade é defender a supremacia constitucional (SILVA, 2017).

Posto isto, extrai-se da Constituição da República as seguintes ações que instrumentalizam o controle de constitucionalidade: ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, ação di-

reta de inconstitucionalidade por omissão e arguição de descumprimento de preceito fundamental. Sendo que o controle materializa-se de maneira concentrada ou difusa.

Nesse panorama, observa-se que a declaração de inconstitucionalidade se dá de modo principal no controle concentrado (ADI genérica), constituindo o objeto do julgamento. Por outro lado, a arguição difusa ocorre de maneira incidental, compondo questão prejudicial. (LENZA, 2015).

Destarte, quanto à ação direta de inconstitucionalidade, vislumbra-se que ao invés de se resolver um conflito de interesse, emergido da pretensa violação ou ameaça de violação a um direito subjetivo, aprecia-se a lei abstrata, decidindo pela adequação das normas infraconstitucionais às normas constitucionais (NEVES, 2017).

Ato contínuo, retira-se do art. 102, I, a da CRFB/88, que o Supremo Tribunal Federal detém competência originária para o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, quando suscitada contrariedade em face da Constituição. Inclusive, o Supremo recebeu a alcunha de "guardião da Constituição Federal".

Ainda, vale mencionar a competência dos Tribunais de Justiça para o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade, nas hipóteses de lei ou ato normativo estadual ou municipal que afronte a Constituição Estadual, nos termos do art. 125, §2º da CRFB/88, a qual se denomina representação de inconstitucionalidade.

Além disso, é imperioso destacar excerto de relevante *decisum* acerca da temática:

> "a possibilidade de ingresso de ações diretas de inconstitucionalidade nos Tribunais de Justiça e no Supremo Tribunal Federal permite a existência concomitante de duas ações objetivando a declaração de inconstitucionalidade de uma mesma norma estadual, no primeiro caso, em face de Constituição Estadual e, no segundo, em face de Constituição Federal. Sempre que essa concomitância se verificar, como a decisão do Supremo Tribunal Federal naturalmente deve prevalecer, caberá o sobrestamento da ação perante o Tribunal de Justiça[62]."

62 ADI 2361, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 24/09/2014, DJe-209 DIVULG 22-10-2014 PUBLIC 23-10-2014; Rcl 383, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES,

Portanto, a competência para se afastar a validade de dispositivos de leis e atos emanados pelo Poder Público do ordenamento jurídico brasileiro, quando existente colisão em face da Constituição da República, é do Supremo Tribunal Federal.

Nesse diapasão, visualiza-se que o diploma constitucional não faz ressalva quanto à possibilidade dos Tribunais de Contas exercerem a atribuição designada ao Pretório Excelso, nem ao menos faz referência a suposta incumbência acessória - ou até complementar - no quesito controle de constitucionalidade. Pelo contrário, a Carta Magna traz, de modo embrionário e, peremptoriamente, processo rígido no tocante ao controle, o qual se sedimenta através da Lei n.º 9868/99.

Outrossim, o art. 103, da CRFB/88, elenca rol de legitimados que se bifurcam entre universais, cujo papel permite a defesa da Constituição em qualquer circunstância, ou seja: Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados, Procurador-Geral da República, Conselho Federal da OAB e partido político com representação no Congresso Nacional. E os especiais, cuja atuação restringe-se a questões que influenciem diretamente a esfera jurídica do grupo de pessoas sobre as quais tenham representatividade adequada, isto é: Mesa da Assembleia Legislativa, Governador de Estado, Governador do Distrito Federal e as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

Finalmente, constata-se procedimento fechado imposto pelo texto constitucional no que tange ao processo de controle e ao rol de legitimados.

II. NATUREZA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

As atribuições constitucionais dos tribunais de contas estão arroladas no art. 71 da CRFB/88.

Posto isto, concernente às competências retromencionadas, vale salientar o seguinte entendimento doutrinário:

> "Examinando-se então as diferentes incumbências conferidas aos tribunais de Contas pela CRFB/88, verifica-se que não guardam elas essa característica, que é da essência da jurisdição: a atuação dos Tribunais de Contas não consiste em resolver conflitos surgi-

Tribunal Pleno, julgado em 11/06/1992, DJ 21-05-1993 PP-09765.

> dos entre particulares, ou entre um particular e o próprio Estado, ou ainda entre diferentes organismos estatais. (...) Ontologicamente, portanto, as atividades dos tribunais de contas e os atos praticados na sua realização ou em decorrência delas são atividades e atos de cunho administrativo (embora com caráter de controle do restante da atividade financeira e patrimonial do Estado), e não jurisdicional." (DECOMAIN, 2006)

Ato contínuo, a Súmula 347 do STF, aprovada no ano de 1963, apregoa que: "o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público".

Dessa maneira, após promulgação da CRFB/88, emergiu mutação interpretativa no que se refere à súmula supratranscrita, haja vista discussão no STF, que nasceu a partir da decisão proferida pelo Min. Gilmar Mendes, 22.03.2006, a qual ataca a subsistência do verbete, ao aduzir críticas, bem como deferir pedido de medida liminar no MS 25.888 impetrado pela PETROBRAS, combatendo ato do Tribunal de Contas da União. (LENZA, 2015).

Neste caminhar, colaciono fragmentos de decisões monocráticas do Min. Gilmar Mendes que elucidam o tema em tela:

> "Parece quase intuitivo que, ao ampliar, de forma significativa, o círculo de entes e órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal, no processo de controle abstrato de normas, acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade. A amplitude do direito de propositura faz com que até mesmo pleitos tipicamente individuais sejam submetidos ao Supremo Tribunal Federal mediante ação direta de inconstitucionalidade. Assim, o processo de controle abstrato de normas cumpre entre nós uma dupla função: atua tanto como instrumento de defesa da ordem objetiva, quanto como instrumento de defesa de posições subjetivas. Assim, a própria evolução do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, verificada desde então, está a demonstrar a necessidade de se reavaliar a subsistência da Súmula 347 em face da ordem constitucional instaurada com a Constituição de 1988"[63].

63 MS 29123 MC, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, decisão monocrática, julgado em

Ademais, o outro *decisum* ressoa:

> "Não me impressiona o teor da Súmula n° 347 desta Corte, segundo o qual "o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público". A referida regra sumular foi aprovada na Sessão Plenária de 13.12.1963, num contexto constitucional totalmente diferente do atual. Até o advento da Emenda Constitucional n° 16, de 1965, que introduziu em nosso sistema o controle abstrato de normas, admitia-se como legítima a recusa, por parte de órgãos não-jurisdicionais, à aplicação da lei considerada inconstitucional. No entanto, é preciso levar em conta que o texto constitucional de 1988 introduziu uma mudança radical no nosso sistema de controle de constitucionalidade. Em escritos doutrinários, tenho enfatizado que a ampla legitimação conferida ao controle abstrato, com a inevitável possibilidade de se submeter qualquer questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, operou uma mudança substancial no modelo de controle de constitucionalidade até então vigente no Brasil. Parece quase intuitivo que, ao ampliar, de forma significativa, o círculo de entes e órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal, no processo de controle abstrato de normas, acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade. A amplitude do direito de propositura faz com que até mesmo pleitos tipicamente individuais sejam submetidos ao Supremo Tribunal Federal mediante ação direta de inconstitucionalidade. Assim, o processo de controle abstrato de normas cumpre entre nós uma dupla função: atua tanto como instrumento de defesa da ordem objetiva, quanto como instrumento de defesa de posições subjetivas. Assim, a própria evolução do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, verificada desde então, está a demonstrar a necessidade de se reavaliar a subsistência da Súmula 347 em face da ordem constitucional instaurada com a Constituição de 1988."[64]

02/09/2010, DJe-167 DIVULG 08/09/2010 PUBLIC 09/09/2010.

64 MS 25888 MC, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 22/03/2006, publicado em DJ 29/03/2006 PP-00011.

Assim, a jurisprudência antiga, lastreada pela Súmula 347 do STF, concordava com a viabilidade dos Tribunais de Contas no que tange à apreciação da constitucionalidade das leis e dos atos do poder público. Entretanto, tal súmula data de período anterior à Constituição de 1988, época em que o contexto do controle de constitucionalidade divergia robustamente da atual.

Além disso, é importante reiterar que a subsistência da Súmula 347 está pendente de julgamento, RE 441.280, afetado ao pleno.

Destarte, é mister colacionar que os Tribunais de Contas não estão inseridos entre os órgãos do poder Judiciário, cujo rol encontra-se no art. 92 da CRFB/88.

Nessa senda, depreende-se do art. 74, *caput* da CRFB/88 que todo Poder deverá manter, de forma integrada, sistema de controle interno de fiscalização, o que não se confunde com a necessidade de se extirpar validade de lei e atos normativos vigentes, o quais possam ferir a Constituição.

Dessa maneira, vislumbra-se tendência a brusca virada jurisprudencial, no sentido de censurar certa espécie de ativismo por parte dos Tribunais de Contas.

Ainda, faz-se imperioso traçar um paralelo entre a abrangência de validade das decisões que ocorrem no âmbito das Cortes de Contas com a do STF, pois, as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzem eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, com fulcro no art. 102, §2º, da CRFB/88.

Em relação ao Legislativo, acrescenta-se que, além do controle interno, existe o controle externo, através da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da Administração direta (pertencentes ao Executivo, Legislativo e Judiciário) e indireta, levando em consideração a legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, segundo o art. 70, *caput*, da Constituição da República.

Logo, tal controle externo recebe auxílio do Tribunal de Contas, em consonância com o art. 74, IV, da CRFB/88.

Com efeito, leciona a melhor doutrina:

> "A autonomia administrativa do Tribunal de Contas, apesar de ampla, encontra limites na própria Constituição. Não obstante isso, algumas Cortes têm extrapolado os limites dessa autonomia, chegando a ponto de transformá-la, inconstitucionalmente, em autonomia legislativa, materializada em instruções normativas que inovam a ordem jurídica, estabelecendo deveres e obrigações para os seus jurisdicionados." (Aguiar et aL., 2008)

Assim, entende-se que a supremacia constitucional irradia efeitos para todo o ordenamento jurídico brasileiro, sendo mister obedecê-la de modo que não haja dissonância entre a ordem proposta e as instruções normativas das Cortes de contas.

III. TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO AMAZONAS

Primeiramente, torna-se relevante transcrever o instituto de Arguição de Inconstitucionalidade, insculpido no art. 292 e 293 do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Amazonas, com o intuito de demonstrar possível sistema híbrido (aplicação concomitante do controle concentrado e difuso) e inconstitucional de afastamento de lei ou ato normativo estadual e municipal do Estado do Amazonas, *in verbis*:

> Art. 292. A inconstitucionalidade de lei ou de ato do Poder Público será argüida nos autos do processo e decidida pelo Tribunal Pleno, por maioria absoluta.
>
> § 1º A inconstitucionalidade será argüida por escrito ou oralmente em sessão, com a devida fundamentação. Podem argüi-la:
>
> I - qualquer Conselheiro votante;
>
> II - (Revogado pela Resolução n.° 08, de 25 de fevereiro de 2013)[65]
>
> III - o Auditor;
>
> IV - o Procurador de Contas oficiante;
>
> V - o Presidente do Tribunal;
>
> VI - o Corregedor-Geral;

65 Redação do dispositivo revogado: "II - o Conselheiro Julgador;".

VII - a parte interessada ou o agente responsável.

§ 1º Se não a tiver argüido, deverá o Procurador-Geral manifestar-se nos autos, no prazo de dez dias, ainda que o feito seja da competência da Câmara e junto a esta funcione outro Procurador de Contas.[66]

§ 2º Sendo a argüição feita por ocasião do julgamento do feito, se verificar a inconstitucionalidade de alguma lei ou ato do Poder Público, o Relator, em voto fundamentado, suscitará o incidente e submetê-lo-á à apreciação dos demais julgadores, ouvido previamente o Procurador-Geral, em sessão, salvo se pedir vista até a próxima.

§ 3º Decidindo os julgadores que o incidente tem fundamento, suspenderá o Relator o andamento do feito e o remeterá à apreciação do Tribunal Pleno, em caráter preliminar, salvo se o processo já for da competência deste.

§ 4º Em sessão plenária, o Relator do feito exporá o caso, procedendo-se, em seguida, à deliberação sobre a matéria.

Art. 293. Proferido o julgamento pelo Tribunal Pleno e publicada a respectiva decisão, passar-se-á, em seguida, ao julgamento do feito originário, e, para tanto, devolver-se-ão os autos à Câmara, se for o caso.

§ 1.o Da decisão de incidente de inconstitucionalidade somente cabem embargos de declaração.

§ 2.o O Tribunal Pleno pode, a qualquer tempo, rever seu entendimento, mas a decisão de argüição de inconstitucionalidade somente atinge os casos pendentes e, quanto aos julgados, mas não atingidos pela coisa julgada, somente pela via recursal devida.

Como se vê nos dispositivos retrocitados, a ferramenta utilizada pela Corte de Contas muito se assemelha com o processo delineado a título de Ação Direta de Inconstitucionalidade. Todavia, os legitimados ativos dis-

66 A redação do dispositivo transcrito foi extraída do sítio eletrônico do TCE-AM e nela constam erroneamente dois parágrafos 1º,

tinguem-se completamente, e duvida-se, como objeto do presente artigo, da competência do tribunal de contas quanto à validade e amplitude do julgamento.

Assim, conforme se extrai das informações supracitadas, não cabe ao Tribunal de Contas *in abstracto* declarar a inconstitucionalidade de leis, pois além de não exercer função jurisdicional, limita-se a apreciar casos concretos pertinentes com as atribuições arroladas na Constituição.

IV. O INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 19 C/C ART. 27 DA LEI ESTADUAL 2750/2002

Trago à baila, a fim de elucidar o tema esposado, o objeto do processo nº 3965/2012 o qual trata acerca do incidente de inconstitucionalidade arguido pelo representante do MPC/AM, no sentido de considerar inconstitucional o reajuste concedido em virtude do art. 19 c/c art. 27 da Lei Estadual 2750/2002 por ferir, simultaneamente, os arts. 37. XIII e 61, §1º, II, "a" da CRFB/88, bem como os Princípios da Isonomia e Razoabilidade.

Outrossim, o relator Mario José de Moraes Costa Filho ao se pronunciar sobre o mérito, dispôs:

> "compulsando o presente caso, verifica-se que a arguição de inconstitucionalidade da Lei estadual nº 2.7502 deve ocorrer por meio de modo incidental, haja vista que os Tribunais de Contas não exercem controle jurisdicional, sendo permitido apenas declarar a inconstitucionalidade em controle difuso, e não em controle concentrado. (...) Isso porque o Tribunal de Contas só possui prerrogativa para apreciar a constitucionalidade de leis e atos normativos, quando do exercício das atribuições que lhe são estabelecidas pela Constituição Federal. Assim, a competência das Cortes de Contas para apreciar a constitucionalidade dos atos normativos fica circunscrita ao controle difuso, somente podendo ocorrer de forma incidental a algum feito que esteja sendo apreciado no âmbito de sua competência constitucional."[67]

67 Incidente de Inconstitucionalidade, processo nº 3965/2012, Relator: Conselheiro Convocado Mario José de Moraes Costa Filho, decisão monocrática, julgado em: 13/12/12, publi-

No tocante ao mérito, o d. relator deliberou:

> "A Constituição Federal de 1988, por meio de seu art. 37, inciso XIII, proibiu a ocorrência de "vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para efeito de remuneração de pessoal do serviço público", e foi além, estabelecendo, em seu art. 61, §1º, II, "a", que o aumento da remuneração de servidores da administração direta ou autárquica é de competência privativa do Presidente da República (ou do chefe do Poder Executivo no ente respectivo). Assim, tem-se que a Lei 2.750/02 infringiu o texto constitucional ao vincular as retribuições instituídas ao índice Fazendário, ensejando desta forma reajuste automático de remuneração de servidor público e desobedecendo simultaneamente aos arts. 37 e 61 da CF/88."

Ato contínuo o Nobre Conselheiro expôs o quadro esdrúxulo o qual se perfazia no âmbito da SEFAZ, tal como a desproporcionalidade, por exemplo, de servidor ocupante do cargo de Motorista no padrão intermediário da carreira do quadro da Secretária receber, em 2010, quota no importe de R$ 7.916,66, enquanto um Motorista do quadro da Polícia civil, padrão mais elevado, receber, no mesmo ano, remuneração de R$ 637,17 (Lei Estadual 3.057/2010), vislumbrando-se exorbitante disparidade.

Nesse sentido, acompanhando o Relator, a Decisão nº 254/2012 – TCE – TRIBUNAL PLENO prolatou:

> "7.1- Declarar inconstitucional o art. 27 da Lei Estadual 2.750/2002, que estabeleceu reajuste automático nas retribuições devidas aos servidores da SEFAZ, para efeito de análise incidental de processos sob a competência de julgamento desta corte de Contas;
>
> 7.2-Sejam declarados ilegais os atos concessórios de aposentadorias e pensões cujos objetos estejam vinculados ao cálculo das retribuições instituídas pelo art. 19 e reajustadas pelo art.27, ambos da Lei 2.750/2002;

---

cado em DJ 23/01/13.

> 7.3- Sejam enviadas representações ao Procurador-Geral da República e ao Procurador-Geral de Justiça, uma vez que as normas violadas se encontram tanto na Constituição Federal quanto na Estadual, podendo estes tomar as medidas que lhes cabem e ingressar com ações diretas de inconstitucionalidade.[68]"

Posteriormente, considerando a Questão Juridicamente Relevante no bojo do processo nº 1402/2016, o e. Tribunal Pleno, através do Acórdão nº 1045/2016, decisório retificado nos termos dos §§4º, I e 5º do art.160 da Resolução nº 04/2002-TCE/AM, decidiu:

> "6.1. Conhecer a presente questão juridicamente relevante do Sindicato dos Fazendários do Amazonas – SIFAM, e considerar a constitucionalidade do art. 27, da Lei 2750/2002 com a modificação imposta pela Lei nº 4.216/2015, prescindindo, portanto, da necessidade de edição de nova Lei para regular a matéria, considerando a existência do Decreto Estadual nº 37.082/2016 que regulamenta os termos da Lei nº 4.216/2015 ao especificar os critérios de pagamento da produtividade dos servidores da Secretaria de Estado da Fazenda - SEFAZ."

Se tal *decisum* não tivesse sido superado, seriam declarados ilegais os atos concessórios de aposentadorias e pensões cujos objetos estivessem vinculados ao cálculo das retribuições instituídas pelo art. 19 e reajustadas pelo art.27, ambos do mesmo diploma legal.

Destarte, foram opostos embargos de declaração pela Associação dos Servidores do Grupo de Apoio Técnico Especializado em Gestão Tributária da Secretaria de Estado da Fazenda do Amazonas – ASGAT e pelo Sindicato dos Técnicos do Fisco do Estado do Amazonas – SINTAFISCO, resultando no adendo abaixo, por meio do Acórdão nº 264/2017 – TCE- TRIBUNAL PLENO:

> "6.2- Reconhecer a Associação dos Servidores do Grupo de Apoio Especializado em Gestão Tributária da Secretaria de Estado da Fa-

68 Incidente de Inconstitucionalidade, processo nº 3965/2012, Relator: Conselheiro Convocado Mario José de Moraes Costa Filho, julgado em: 13/12/12, publicado em DJ 23/01/13.

> zenda do Amazonas – ASGAT e o Sindicato dos Técnicos do Fisco do Estado do Amazonas – SINTAFISCO, como Amigos da Corte, pela fundamental importância para o aprimoramento do debate, apresentado suas razões na forma de memoriais, no sentido de considerar o art. 27 da Lei n.º 2750/02 constitucional, prescindindo de Edição de Lei para regular a Gratificação de Produtividade dos Fazendários, tendo em vista a existência do Decreto Estadual nº 37082/2016 que regulamentou os termos da Lei nº 4216/2015 e da própria Lei nº 2750/2002"[69]

Posto isto, visualiza-se a aplicação do artigo 292 e ss. do RITCE/AM, cujo teor possibilita o afastamento da incidência de lei ou ato normativo emanado do poder público.

CONCLUSÃO

Se o Tribunal de Contas não tem o poder de inovar, legislar ou expedir normas abstratas no sistema jurídico, também não lhe competiria usurpar poderes a ponto de julgar a (in)constitucionalidade de dispositivos legais e de atos normativos com o intuito de retirá-los do ordenamento jurídico.

À vista disso, a despeito de ainda inexistir posicionamento definitivo, o Pretório Excelso vem delineando posicionamento no sentido de restringir a pretensão dos Tribunais de Contas brasileiros quanto à possibilidade de julgar a (in)constitucionalidade de dispositivos de lei ou de atos normativos emanados pelo poder Público.

Portanto, tal virada jurisprudencial, iniciada a partir da promulgação da Constituição da República de 1988, permite a restrição no tocante ao controle abstrato e difuso de constitucionalidade exercido pelos Tribunais de Contas.

69 Questão Jurídica Relevante, processo TCE/AM 1402/2016 – Tribunal Pleno. Relator: Alípio Reis Firmo Filho, julgado em: 13/12/16, publicado em DJ 23/01/13.

REFERÊNCIAS

AMAZONAS. **Resolução n.º 04, de 23 de maio de 2.002**. Disponível: <https://www.tce.am.gov.br/wp-content/uploads/2019/08/REGIMENTO-INTERNO-RES.-04-2002-alterado-at%C3%A9-Resolu%C3%A7%C3%A3o-n-04-2018_compressed.pdf>. Acesso: 10 de julho de 2019.

AGUIAR, Afonso Gomes *et al*. **O Tribunal de Contas na ordem constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http:// http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso: 21 de julho de 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 DE NOVEMBRO DE 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9868.htm>. Acesso: 16 de julho de 2019.

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Tribunais de Contas no Brasil**. São Paulo: Dialética, 2006.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 19. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações Constitucionais.** 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 40. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

CONSIDERAÇÕES SOBRE O TERMO DE REFERÊNCIA EM LICITAÇÕES PÚBLICAS

Elizandro Brollo

Introdução

É cediço que a licitação é um procedimento administrativo de crucial importância para a Administração Pública, envolvendo a prática de uma série de atos de natureza administrativa. Contudo, para atingir seu propósito e para possibilitar a seleção da proposta mais vantajosa à Administração, é necessário definir critérios objetivos e especificações do objeto em toda sua completude.

O Termo de Referência, então, vem para colaborar de forma significativa na construção e no desenvolvimento dos certames, de modo que, neste estudo, serão abordados o seu significado, a sua importância e, em especial, os aspectos de definição do objeto que corroboram para a eficácia das contratações.

Importância e definição

Muito se tem tratado das licitações, seus princípios e regras norteadoras. Tal regramento jurídico pauta os mais diversos casos concretos envolvendo o processo licitatório.

A licitação pública é instrumento constitucional, consoante art. 37, inciso XXI da Carta Magna . Para Hely Lopes Meirelles[70] a Licitação é:

70[] MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e contrato administrativo. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 100.

"procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse". Tal processo possui basicamente duas fases: a interna e a externa[71]. A atenção dos operadores do direito e dos agentes públicos tem-se voltado para a fase externa, que se inicia com a publicação do edital e vai até a homologação e a adjudicação do objeto ao licitante vencedor.

No entanto, a experiência prática no enfrentamento do tema mostra que a fase interna é merecedora de atenção especial, senão maior que a fase externa. Isso porque na fase interna é o momento em que a Administração identificará as suas necessidades e definirá o objeto do certame, os critérios de qualidade e todos os demais parâmetros das compras, obras e serviços que deseja adquirir e contratar, com o fim de materializar programas e políticas públicas.

Pois bem. É na fase interna, em especial na definição do objeto que servirá de subsídio para o Edital, onde se cometem erros insanáveis capazes de afetar todo o processo licitatório. É o que se extrai da jurisprudência do Tribunal de Contas da União[72]: "A experiência da fiscalização de obras públicas demonstra que são recorrentes situações como a descrita, que envolvem a conjugação dos seguintes fatores: má qualidade do projeto básico; falta de definição de critérios de aceitabilidade de preços unitários".

A importância da fase interna encontra guarida na doutrina de Marçal Justen Filho[73], para o qual "grande parte das dificuldades e a quase totalidade dos problemas enfrentados pela Administração ao longo da licitação e durante a execução do contrato podem ser evitados por meio de autuação cuidadosa e diligente nessa etapa interna".

Com frequência ouvimos relatos do senso comum de que as compras da Administração são de baixa qualidade.

O mesmo juízo existe até mesmo entre agentes públicos e operadores do direito leigos no tocante a licitações e contratos, que, por vezes, apontam como causa a seleção das propostas se basear, principalmente, pelo

---

71[] JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 398.

72[] Decisão nº 1.054/2001 - Plenário - TCU, sessão realizada em 11/12/2001 e Acórdão 219/2004 Plenário.

73[]JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 13 Ed. São Paulo: Dialética. 2009, p. 133.

critério do menor preço. Essa constatação decorre da falta ou da pouca importância que uma gama expressiva de órgãos da Administração Pública destina à fase interna, principalmente no tocante à especificação do objeto. Consoante ensina Marçal Justen Filho[74], a proposta mais vantajosa, de modo geral, buscada pela Administração "deriva da conjugação dos aspectos de qualidade e da onerosidade. Significa dizer que a Administração Pública busca a maior qualidade da prestação e o maior benefício econômico. A maior vantagem corresponde à situação de menor custo e maior benefício para a Administração Pública".

Jair Eduardo Santana, Tatiana Camarão e Anna Carla Duarte Chrispim[75], ao responderem a questionamentos como "por que a licitação deu errada? Qual o motivo da má qualidade do bem ou serviço?", salientam que as respostas não estão radicadas propriamente na fase externa, mas na que antecede, ou seja, na interna, onde se constrói o Termo de Referência ou o Projeto Básico, de forma que "o problema é endógeno, crônico e congênito". Conforme manual de licitações e contratos do Tribunal de Contas da União[76], "Durante a fase inicial da licitação, comumente chamada de interna, a Administração terá a oportunidade de corrigir falhas porventura verificadas no procedimento, sem precisar anular atos praticados. Exemplos: inobservância de dispositivos legais, estabelecimento de condições restritivas, ausência de informações necessárias, entre outras faltas.". Tal correção, muitas vezes, não é possível realizar na fase externa, de tal forma que não resta outra solução a não ser a anulação do certame diante de vícios de legalidade, gerando prejuízos à Administração.

A Lei n. 8.666/93 traz em seu bojo um destaque maior à fase externa, porém normatiza vários aspectos da fase preparatória do edital. No tocante a obras e serviços, já no seu art. 6º, inciso IX, trouxe a definição de projeto básico como sendo o "conjunto de elementos necessários e

---

74[] JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 337.

75[] SANTANA, Jair Eduardo. Termo de Referência. 4. ed. Belo Horizonte- MG: Editora Fórum, 2014, p. 12.

76[]Manual de Licitações e contratos : orientações e jurisprudência do TCU / Tribunal de Contas da União. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – Brasília : TCU, Secretaria-Geral da Presidência : Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010

suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução", elencando em suas alíneas um rol de elementos necessários à caracterização do objeto. Tal instrumento é obrigatório para obras e serviços em geral, consoante disposições do art. 7º da Lei Geral de licitações.

Todavia, quanto à aquisição de bens a lei não fixa um instrumento próprio, aduz que "nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização de seu objeto" (art. 14) e que devem ser observados, ainda, outros aspectos como (i) especificação completa do bem; (ii) definição das unidades e das quantidades a serem adquiridas em função do consumo e utilização prováveis, cuja estimativa será obtida, sempre que possível, mediante adequadas técnicas quantitativas de estimação; e (iii) condições de guarda e armazenamento que não permitam a deterioração do material. (art. 15, § 7º, I a III). Bastava, para compras, que o processo contivesse uma descrição detalhada e técnica do objeto para atender o disposto na Lei Geral.

Não tratou a Lei Geral sobre o Termo de Referência. Este surgiu com o advento do Decreto Federal n. 3.555/00 que regulamentou o pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, de modo que em seu artigo 8º, incisos I e II, assim dispõe:

> "Art. 8º A fase preparatória do pregão observará as seguintes regras:
>
> I - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem ou frustrem a competição ou a realização do fornecimento, devendo estar refletida no termo de referência;
>
> II - **o termo de referência** é o documento que deverá conter elementos capazes de propiciar a avaliação do custo pela Administração, diante de orçamento detalhado, considerando os preços praticados no mercado, a definição dos métodos, a estratégia de suprimento e o prazo de execução do contrato;" (g.n)

Já em 2002, a Lei n. 10.520 criou a modalidade de licitação denominada pregão (sexta modalidade), que trouxe mudanças significativas nos processos de contratação da Administração Pública, com destaque para a inversão de fases de julgamento, de modo a realizar a classificação das propostas antes da fase de habilitação. Cabe destacar que a lei do pregão não suplantou a aplicação da Lei n. 8.666/93, pelo contrário, esta continua aplicável, inclusive de forma subsidiária à própria Lei n. 10.520/02.

Em 2005, o Decreto Federal n. 5.450 regulamentou o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns. Posteriormente, o Decreto n. 5.504/05 "estabelece a exigência de utilização do pregão, preferencialmente na forma eletrônica, para entes públicos ou privados, nas contratações de bens e serviços comuns, realizadas em decorrência de transferências voluntárias de recursos públicos da União, decorrentes de convênios ou instrumentos congêneres, ou consórcios públicos.".

Insta destacar que a Lei n. 10.520/02 não traz a definição de Termo de Referência, porém traz aspectos de definição do objeto, consoante art. 3º, incisos I e II, *in verbis*:

> Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:
>
> I - a autoridade competente justificará a necessidade de contratação e **definirá o objeto do certame**, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento;
>
> II - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição; (g.n)

A lei do pregão não cria um instrumento para subsidiar a formulação do edital, a exemplo do projeto básico. Tal tarefa ficou a cargo dos decretos regulamentadores do pregão presencial e do eletrônico.

Com efeito, o §2º do art. 9º do Decreto Federal n. 5.450/05 conceitua o Termo de Referência como sendo o "documento que deverá conter elementos capazes de propiciar avaliação do custo pela administração diante de orçamento detalhado, definição dos métodos, estratégia de suprimento, valor estimado em planilhas de acordo com o preço de

mercado, cronograma físico financeiro, se for o caso, critério de aceitação do objeto, deveres do contratado e do contratante, procedimentos de fiscalização e gerenciamento do contrato, prazo de execução e sanções, de forma clara, concisa e objetiva.".

Do exposto, percebe-se que o Termo de Referência é o instrumento que servirá de subsídio para o certame da modalidade pregão, que abarca os bens e serviços comuns, caracterizados pelo parágrafo único do art. 1º da Lei n. 10.520/02 como "aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.".

Ocorre que surgem dúvidas entre os operadores das contratações sobre sua aplicação, visto que para obras e serviços de engenharia a Lei Geral estabelece o Projeto Básico como instrumento obrigatório. O Termo de Referência deve ser usado para os certames de obras e serviços de engenharia? Bem, é importante destacar que as obras não podem ser licitadas na modalidade pregão. No tocante aos serviços de engenharia, somente pode-se utilizar o pregão naqueles considerados "serviços comuns de engenharia". É a jurisprudência do TCU, consoante súmula 257, que dispõe: "O uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei n. 10.520/02.".

Assim, a Lei Geral exige a elaboração do projeto básico para obras e serviços, porém somente terá aplicabilidade para as modalidades sob sua regência. Os serviços, ainda que de engenharia, se considerados comuns devem ser preferencialmente licitados utilizando-se o pregão, sendo o Termo de Referência o instrumento adequado para compor a fase interna. Ressalta-se que a Lei n. 8.666/93 possui aplicação subsidiária para o pregão, conforme art. 9º da Lei n. 10.520/02 e, ainda, consoante ensina Ferraz Jr[77], pelo princípio da especialidade a Lei especial revoga a Lei Geral nas partes especificadas - *lex specialis derogat legi generali –,* de modo que o Termo de Referência é o instrumento adequado para serviços de engenharia considerados comuns e para demais compras e serviços considerados comuns nos termos da Lei n. 10.520/02.

77[II]FERRAZ JR, Tercio Sampaio. A ciência do direito. 3.ed. São Paulo- SP. Atlas, 2014, p. 96.

Nessa esteira, Jair Eduardo Santana, Tatiana Camarão e Anna Carla Duarte Chrispim[78] ensinam que "embora a lei o exija apenas para instruir a modalidade pregão, o Termo de Referência pode instruir qualquer outra modalidade, exceto quando o objeto da referida contratação se tratar de obra ou serviço de engenharia não comum, cujo detalhamento deverá ser efetivado mediante Projeto Básico (§2º do art. 7º da Lei n. 8.666/93).".

No tocante a obrigatoriedade, o Termo de Referência deve instruir todo o processo na fase interna das licitações na modalidade pregão e nas demais modalidades, com as exceções já tratadas. Ademais, nas contratações por dispensa ou inexigibilidade certamente é instrumento de grande valia ao gestor público, bem como aos órgãos de controle, que poderão aferir os elementos essenciais de uma contratação. No âmbito do Estado do Paraná, a Lei Estadual n. 15.608/07 em seu artigo 55 aduz que o processo licitatório, em sua instrução, conterá entre outros documentos o Termo de Referência. Nessa esteira, Jair Eduardo Santana, Tatiana Camarão e Anna Carla Duarte Chrispim[79] argumentam que o Termo de Referência é documento obrigatório, tanto para o pregão, como para as demais modalidades, quando aplicável, bem como para as contratações diretas.

Conteúdos - definição do objeto

De maneira simplificada, o Termo de Referência deve conter elementos essências como a definição do objeto, entre outros, sendo elaborado de maneira multidisciplinar, ou seja, pela área que pretende a aquisição, mas sob orientação da área de licitações (compras e contratações). Entre os principais aspectos estão: (i) elementos capazes de propiciar avaliação do custo pela administração diante de orçamento detalhado; (ii) definição dos métodos, estratégia de suprimento; (iii) valor estimado em planilhas de acordo com o preço de mercado; (iv) cronograma físico financeiro, se for o caso; (v) critério de aceitação do objeto; (vi) deveres do contratado

78[]SANTANA, Jair Eduardo; CAMARÃO, Tatiana; CHRISPIM, Anna Carla Duarte. Termo de Referência: o impacto da especificação do objeto e do Termo de Referência na eficácia das licitações e contratos. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 27.

79[] SANTANA, Jair Eduardo; CAMARÃO, Tatiana; CHRISPIM, Anna Carla Duarte. Termo de Referência: o impacto da especificação do objeto e do Termo de Referência na eficácia das licitações e contratos. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 38.

e do contratante; (vii) procedimentos de fiscalização e gerenciamento do contrato; (viii) prazo de execução e sanções, todos de forma de forma clara, concisa e objetiva.

Antes de qualquer passo na elaboração do Termo de Referência é fundamental justificar a necessidade da contratação. Há de se considerar que iniciar um procedimento de contratação é atividade que requererá da Administração um esforço conjugado de recursos humanos e materiais que, naturalmente, implicará despesas aos cofres públicos, que são financiados por todos nós. É de capital importância apresentar as razões que impõem a contratação, a fim de demonstrar o interesse público.

A legislação licitatória estabelece que qualquer compra ou contratação de obra ou de prestação de serviço deve ser precedida de uma correta definição do que pretende a Administração Pública. Tanto a Lei Geral como a Lei do Pregão preveem que "nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização de seu objeto". Como lecionam Jair Eduardo Santana, Tatiana Camarão e Anna Carla Duarte Chrispim[80], a definição do objeto é um dos conteúdos mais polêmicos do Termo de Referência, porém de qualquer forma ele deve cumprir a sua finalidade, de modo a dar o suporte necessário ao processo licitatório.

Pelo exposto, é possível dizer que quando se tratar de pregão a definição do objeto deverá ser mediante o Termo de Referência. Pode-se, aliás, aduzir que a partir de então, já que a modalidade licitatória pregão tornou-se a mais utilizada na Administração, passou-se a utilizar tal instrumento como documento hábil para caracterização de qualquer objeto pretendido (obra, serviço ou compra), com as exceções já explicitadas.

Cabe destacar que ocorrem incorreções na definição do objeto, as quais podem gerar muitas consequências danosas à Administração Pública e, sendo o caso, acarretar a responsabilização do administrador que lhe deu causa, uma vez que podem influenciar negativamente a fase externa com: (i) solicitações de esclarecimentos; (ii) impugnações; (iii) suspensões pelos órgãos de controle; (iv) apresentação de propostas divergentes; (v) insucessos (licitação deserta ou fracassada); (vi) pagamentos superestimados; (vii) sujeição do procedimento a questiona-

80[] SANTANA, Jair Eduardo; CAMARÃO, Tatiana; CHRISPIM, Anna Carla Duarte. Termo de Referência: o impacto da especificação do objeto e do Termo de Referência na eficácia das licitações e contratos. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 38.

mentos judiciais; (viii) questionamentos pelos órgãos de controle internos e externos.

Acerca da necessidade de que o objeto da licitação seja bem definido, inclusive quantitativamente, vide Decisões 69/96 - Plenário (Ata 7/96, DOU, 18 mar. 1996) e 13/96-Plenário (Ata 3/96, DOU, 22 fev. 1996) do Tribunal de Contas da União. Nesses processos foi determinada a anulação da licitação ante a imprecisão na definição do objeto da licitação.

Estamos, então, diante do ponto mais delicado para o sucesso de qualquer aquisição na Administração Pública, qual seja: o detalhamento do objeto que se pretende contratar. Sem dúvidas, este é um dos aspectos mais cruciais de todo o processo licitatório.

Inicialmente é necessário ter sempre em mente que a definição do objeto deve obrigatoriamente ser:

a) precisa – "delimitando exatamente o que é necessário, não admitindo hesitação, mas possibilitando alternativa";

b) suficiente – "que não carece de explicações adicionais (explica-se por si só), esgotando as características de definição";

c) clara – "que por precisa e suficiente, não deixa dúvidas ou questionamentos";

d) sem especificações excessivas;

e) sem detalhamentos irrelevantes;

f) sem definições desnecessárias;

g) sem limitar a competição.

Tais elementos são necessários para balizar a definição do objeto, desde que alinhados ao bom senso. Contudo, diante de inúmeros equívocos que são verificados na prática, importante uma melhor explicação sobre o tema. Cabe aqui dizer que são recorrentes os enganos quanto ao momento de definição do objeto, já que a prática administrativa revela que não é incomum que se diga (erroneamente) que o local para tal definição é no edital. Também é comum ouvir que a qualidade das aquisições feitas pela Administração é baixa, uma vez que o menor preço é obrigatório no certame. Porém, com certeza é factível comprar com qualidade no setor público, desde que exista planejamento e efetiva dedicação dos agentes públicos.

Pois bem. Se a especificação for insuficiente, o licitante terá dificuldade de entender o edital e poderá trazer proposta incompatível com a

necessidade da Administração. Se a especificação for demasiadamente detalhada, os órgãos de controle perquirirão a legalidade do procedimento, pois a competitividade poderá ter sido prejudicada.

Para bem especificar, é importante conhecer o objeto ou estabelecer contato com quem conhece. Devemos saber qual a serventia, onde será utilizado, quais as suas características intrínsecas, que defeitos costumam apresentar, se há variabilidade no material em que é produzido etc..

Neste momento do procedimento é de fundamental importância a participação dos interessados diretos no objeto da futura contratação, pois eles é que poderão, de fato, esclarecer se a especificação está de acordo com a expectativa.

A jurisprudência do Tribunal de Contas da União traz importantes lições sobre os aspectos da definição do objeto. É o que se extrai da súmula n. 177, *in verbis*:

> "A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão"

Os manuais especializados no tema sugerem responder a três perguntas para aferir se a especificação está correta. São elas: (i) há possibilidade de aquisição de objeto de baixa qualidade com a especificação dada? (ii) há possibilidade de competição entre fornecedores com a especificação dada ao objeto? (iii) há um nivelamento na pesquisa de preços, apontando uniformidade quanto ao produto pretendido e confiabilidade quanto ao valor praticado?

Pois bem. Para subsidiar a especificação precisa, suficiente e clara, que é uma tarefa árdua de difícil superação que se processa durante a fase interna, é possível utilizar-se de um paliativo legal para superar tal obstáculo. É por meio da indicação de marcas que deve ser medida tomada dentro de limites legais de modo a não incorrer em vício insanável.

A Lei n. 8.666/1993 tomou o cuidado de tratar da indicação de marca, e em até mais de uma oportunidade. Dispondo sobre as obras e serviços, a Lei de Licitações estabeleceu:

> "Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte sequência:[...] § 5º É vedada a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas, salvo nos casos em que for tecnicamente justificável, ou ainda quando o fornecimento de tais materiais e serviços for feito sob o regime de administração contratada, previsto e discriminado no ato convocatório."

No tocante às compras, por sua vez, estabeleceu o mesmo diploma legal que:

> Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:
>
> (...) § 7º Nas compras deverão ser observadas, ainda:
>
> I - a especificação completa do bem a ser adquirido sem indicação de marca.

O assunto tem sido amplamente estudado. E, como não poderia deixar de ser, já está consolidado o entendimento de que a indicação de marca nos editais é constitucional e legal, desde que observados certos requisitos. É à análise desses requisitos que ora se dedica, com base na doutrina e na jurisprudência, sobretudo dos Tribunais de Contas.

O Tribunal de Contas de União já decidiu reiteradas vezes pela possibilidade de indicação de marca no edital de licitação. Contudo, o TCU confere caráter de excepcionalidade à citada conduta. Assim, a orientação é no sentido de que há necessidade de apresentação, em uma decisão prévia e fundamentada do gestor público, de elementos técnicos e/ou econômicos que justifiquem a indicação da marca. Senão vejamos:

> "Esta Corte de Contas, em diversos julgados, <u>tem se manifestado pela possibilidade excepcional de indicação de marca em licitações, desde que fundadas em razões de ordem técnica ou econômica, de-</u>

> vidamente justificadas pelo gestor, hipóteses nas quais não há ofensa ao princípio da isonomia, nem tampouco restrições ao caráter competitivo do certame (Decisão n. 664/2001 - Plenário; Acórdão n. 1.010/2005 - Plenário e Acórdão n. 1.685/2004 - 2ªCâmara). (TCU, Acórdão 1.122/2010, Primeira Câmara, Rel. Min. Marcos Bemquerer Costa, DOU 12/03/2010)." (g.n)

Ademais, ressalta a Corte que a indicação de marca deve, além das justificativas pertinentes, estar acompanhada das expressões "ou equivalente", "ou similar" e "ou de melhor qualidade". É o teor do Acórdão n. 2.300/2007[81]:

> "Quando necessária a indicação de marca como referência de qualidade ou facilitação da descrição do objeto, deve esta ser seguida das expressões "ou equivalente", "ou similar" e "ou de melhor qualidade", devendo, nesse caso, o produto ser aceito de fato e sem restrições pela Administração.Pode, ainda, a administração inserir em seus editais cláusula prevendo a necessidade de a empresa participante do certame demonstrar, por meio de laudo expedido por laboratório ou instituto idôneo, o desempenho, qualidade e produtividade compatível com o produto similar ou equivalente à marca referência mencionada no edital."

Essa também é a jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado do Paraná, vide Acórdão n. 2954/13 do Tribunal Pleno:

> "a) é lícito ao Município de Maringá a adoção do procedimento de pré-qualificação do objeto, facultando-se a eventual indicação de marca do objeto, desde que isso atenda à economicidade, eficiência e racionalização da atividade administrativa;
>
> b) não há no âmbito desta Corte regulamentação acerca do procedimento de pré-qualificação do objeto, a ser cumprido pelo Município de Maringá, ou qualquer outra municipalidade submetida à jurisdição desta Corte de Contas; "

81[II] TCU, Acórdão 2.300/2007, Plenário, Rel. Min. Aroldo Cedraz, DOU 05/11/2007.

Cabe destacar que a indicação de marca é possível para melhor especificação do objeto que se pretende contratar, todavia é imprescindível que a Administração justifique tecnicamente, de modo a demonstrar claramente que a alternativa é mais vantajosa e singular, capaz de atender as necessidades da Administração. Ademais, a própria Lei Geral de licitações (art. 15, I) adota o princípio da padronização, de modo que deverá ser indicada marca quando, por ordem técnica, for recomendável a adoção de tal procedimento. Segundo jurisprudência[82] do Tribunal de Contas da União, a indicação de marca é admitida para fins de padronização, devendo ser assegurado o caráter competitivo do certame.

Em suma, o Termo de Referência deverá trazer todas as informações pertinentes a respeito de uma determinada contratação, a fim de viabilizar a estimativa de custos e elaboração do edital. Para exemplificar, vamos a um caso hipotético de aquisição de papel para determinado órgão da Administração Pública.

O objeto a ser adquirido é papel, para isso devemos reunir as seguintes informações:

- Que papel é necessário? A4, couchê, pardo, etc.?
- Quais as dimensões e gramatura?
- Qual o quantitativo? Será destinado somente a um setor ou outros setores poderão ser incluídos na licitação?
- Esta aquisição será suficiente por quanto tempo?
- Qual é o preço de mercado que está sendo praticado para este produto?
- A entrega será única ou parcelada? Tenho espaço para armazenar todo o material?
- A entrega será em único local ou em locais variados? Quais são os endereços dos locais de entrega?
- Em caso de entrega parcelada, quais quantidades e quais as datas da entrega (cronograma físico financeiro)?
- Quem ficará responsável pela verificação de conformidade do material entregue (especificações, prazos, qualidade)?

82 Acórdão 322/2002-Plenário.

- Como o material será recebido? Haverá testes prévios para aceitação? - Quem é o responsável pelo recebimento?
- Quais são os deveres do contratante e do contratado? Em caso de inadimplemento, quais são as consequências?

As respostas a tais perguntas devem estar claras e concisas no Termo de Referência, de modo que servirá de baliza para a Administração, bem como para potenciais licitantes formularem suas propostas de forma adequada.

Considerações Finais

As considerações sobre o Termo de Referência visam ao aprimoramento da fase interna do importante processo licitatório. Agentes públicos e operadores do direito estão dedicando, ainda que de forma incipiente, maior atenção quando da tratativa dos aspectos que permeiam a elaboração deste importantíssimo instrumento.

Com o advento da Lei do Pregão e de seus decretos regulamentadores, considerando que maior parte das licitações realizadas são de bens e serviços comuns, o Termo ganha destaque, tendo em vista os mais diversos aspectos do seu conteúdo para compor peça fundamental do processo de licitação.

A posição tanto da doutrina como da jurisprudência revela que a fase interna da licitação tem suma importância para o sucesso do procedimento licitatório. Outrossim, cabe destacar que o aprimoramento dessa fase fará com que a Administração consiga contratar bens e serviços de melhor qualidade, sempre alinhada aos aspectos da vantajosidade.

Desempenha, pois, o Termo de Referência o papel de abarcar aspectos de grande relevância para a contratação, como a definição do objeto de forma precisa, suficiente e clara, de modo a garantir o caráter competitivo do certame.

Os agentes públicos que atuam na fase interna têm o desafio de proporcionar a melhor caracterização do objeto, de forma a conferir melhor qualidade e eficiência às contratações.

Referências Bibliográficas

CARVALHO FILHO, José Santos. **Manual de direito administrativo.** 30 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 18 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos.** 4 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2002

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 13 Ed. São Paulo: Dialética. 2009

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

SANTANA, Jair Eduardo; CAMARÃO, Tatiana; CHRISPIM, Anna Carla Duarte. **Termo de Referência: o impacto da especificação do objeto e do Termo de Referência na eficácia das licitações e contratos**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

O FATO SOCIAL, A COERÇÃO SOBRE OS INDIVÍDUOS E A TEORIA DO ETIQUETAMENTO E DA SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL

Deyslane Freitas

> Uma ciência, por mais especializada que seja, nunca é autônoma. Ela representa somente uma pequena parte do saber humano e, como tal, se integra necessariamente em um todo (...). A peculiaridade do espírito e da curiosidade científica é aquela de jamais se sentir satisfeito dos conhecimentos adquiridos, considerando-os não como momento final, mas como ponto de partida para novas pesquisas e aventuras científicas.
>
> CONSTANTINESCO, Leontin-Jean

1. INTRODUÇÃO

O ser humano tem como uma de suas características inerentes a sociabilidade, o que gerou, desde os primórdios a necessidade de agrupamento para garantia de subsistência e de interesses próprios. Dessa forma, a constituição da sociedade da maneira como se apresenta atualmente passou pela conjugação de vários elementos que possibilitaram a instauração de uma ordem social, que foi apresentada por vários estudiosos, contudo, Durkheim chama a atenção por definir os "fatos sociais" e caracteriza-los, de modo

que possa se compreender a organização social em sua coercitividade, exterioridade e generalidade, nas formas de sentir, pensar e agir do indivíduo.

Aristóteles (384-322 a.C.), na sociedade grega, dizia que o arranjo social é anterior à existência dos indivíduos, "tal como o organismo existe antes de suas partes". Para ele o ser humano é um ser eminentemente social, um "animal político", cuja existência sempre foi pautada nos relacionamentos interpessoais, os quais se mostraram imprescindíveis ao atendimento de suas necessidades mais básicas. Para ele" (VECCHIO, 2006, p. 25).

Para Durkheim, a sociedade é a melhor parte de nós, na verdade, o homem não é humano senão porque vive em sociedade. (DURKHEIM, 1960, p 9).

Surge então os conceitos de "necessidade", "bem", "utilidade" e "conflito de interesses", desenvolvidos pelo jurista Francesco Carnelutti no século XX, que dita que "o homem possui necessidades, em razão das quais estabelece vínculos de dependência em busca de equilíbrio. As necessidades se desenvolvem em relação a um elemento externo denominado "bem" e a sua satisfação através de um ato de interesse, seja ele individual ou coletivo, é que pode gerar um conflito (ALVIM, 2003, p. 49).

Neste modo, observa-se que a tendência natural do homem para a convivência e, principalmente, para o conflito, impôs, ao longo dos tempos, a estruturação de uma ordem, materializada através da organização dos setores da sociedade, mediante deveres e obrigações recíprocas entre os indivíduos.

Em razão disso, os vínculos econômicos, sociais e políticos estabelecidos, bem como o controle social exercido pelas instituições, permitem alcançar os interesses comuns.

Para se ter a ordem de uma sociedade garantida, dentre outros fatores, é necessária por uma ordem jurídica. A noção de que sociedade e direito andam juntos – e que o primeiro não existe sem o segundo – é antiga. Nesse sentido o aforismo jurídico *ubi homo ibi societas; ubi societas ibi jus* (onde está o homem, há sociedade; onde há sociedade, há direito), assim, a noção de ordem jurídica, portanto, é de extrema importância para os estudos sobre a ordem social, mediante a prevenção e a resolução dos desvios sociais.

Aliada a esta ideia, a figura do Estado surge justamente para assegurar e materializar o direito outrora preconizado, impondo limites aos arbítrios individuais.

Deste modo, o Estado tomou para si a função de promover a realização dos valores humanos, responsabilizando-se pela ordem e bem-estar social, utilizando para tanto da jurisdição. Essa função jurídica estatal é desempenhada através da legislação, a qual estabelece preceitos e modelos de condutas que devem ser realizados e evitados, e da jurisdição, que é o instrumento de concretização das leis aplicáveis a cada caso, cujo objetivo primordial é a pacificação social e a realização da justiça. (CINTRA, DINAMARCO e GRINOVER, 2012),

O Estado exerce o papel regulador, através de suas instituições, convergindo para si o poder de controle e administração dos setores da sociedade. Dentre esses mecanismos, o Direito se apresenta como uma organização jurídica coercitiva que legitima a interferência estatal, se afigurando como uma ferramenta indispensável à convivência coletiva.

Durkheim, apresenta a necessidade de um estudo empírico das realidades sociais dos indivíduos, e diante dessa ordem social imposta pelo Estado, o sociólogo utiliza o método científico e a observação prática. Assim, ao propor um avanço da individualização do sujeito social, recomenda o estudo dos fenômenos que compõem o que ele chama de nova ordem social. (DURKHEIM, 1960, p. 12)

Para isso, Durkheim estabelece o estudo dos fatos sociais, responsáveis por definir e moldar as ações individuais dos sujeitos inseridos em sociedade, configurando-se intrinsicamente na forma de agir, pensar e sentir das pessoas. (DURKHEIM, 1960, p. 10)

> "Quando desempenho minha obrigação de irmão, esposo, ou cidadão, quando satisfaço os compromissos que contrai, cumpro meus deveres que estão defi nidos para além de mim e dos meus atos, no direito e nos costumes (...). Estamos pois em presença de modos de agir, de pensar e de sentir que apresentam a notável propriedade de existir fora das consciências individuais. Não somente estes tipos de conduta de pensamento são dotados dum poder imperativo e coercivo em virtude do qual se lhe impõem quer ele queira quer não" (DURKHEIM, 1960, p 87-88).

Nesse diapasão, o fato social rege a conduta do indivíduo de forma geral, ou seja a todos imposta, é exterior, não sendo analisada a individualidade, ou seja, independente de nossa vontade e por fim coercitiva, por impor um regramento e punir se não observado, por isso assim, surgir a necessidade da ordem jurídica para organização social.

> 1º - Um fato social é normal para um tipo social determinado, considerado numa fase determinada de desenvolvimento, quando se produz na média das sociedades desta espécie, consideradas numa fase correspondente de desenvolvimento.
>
> 2º - Os resultados do método precedente podem verificar-se mostrando que a generalidade do fenômeno está ligada às condições gerais da vida coletiva do tipo social considerado.
>
> 3º - Esta verificação é necessária quando este fato diz respeito a uma espécie social que ainda não cumpriu uma evolução integral" (DURKHEIM, 1960, p. 118).

Desde modo, o que consideramos ordem judicial, e que tem o condão da punibilidade, nada mais é do que os fatos sociais apregoados por Durkheim.

Contudo, essa ordem social tornou-se, no decorrer do tempo, segregadora e estigmatizante, punindo os mesmos tipos de indivíduos, com as mesmas características sociais, deixando de ser geral e exterior, para tornar-se uma necessidade de revisão da ordem social e suas políticas de enfrentamento.

2. O ESTADO COMO DETENTOR DA ATIVIDADE JURISDICIONAL

A figura do Estado é essencial para a convivência coletiva, é indubitável tal constatação. Com o papel regulador, através de suas instituições, converge para si o poder, o controle e a administração dos setores da sociedade.

A ordem jurídica coercitiva, que legimitiza a interferência estatal é realizada através do Direito.

A primeira teoria do Estado Moderno, atribuída a Thomas Hobbes, 1588-1679, considerado por muitos como o precursor do positivismo jurídico. Sintetiza Rosemiro Pereira Leal (2018, p. 50) que "Hobbes, ao achar que o estado de natureza é um estado de anarquia de significados, preconizou o totalitarismo estatal em que as leis eram extraídas da racionalidade soberana do rei e dos governantes para a preservação da unidade, ordem e progresso das nações". Com um pensamento alinhado ao de Maquiavel, acreditava que a subordinação dos indivíduos ao poder público se mostrava como um vínculo indissociável e necessário à vida em sociedade.

John Locke, 1632-1683, em sentido contrário, desenvolveu sua teoria contratualística nos moldes liberais, baseada na "reciprocidade ou bilateralidade da obrigação política", onde "o homem é naturalmente sociável", razão pela qual no estado natural ele já teria certos direitos, faltando apenas um órgão suficientemente forte para assegurá-los. Daí a necessidade de um contrato para regular a limitação de certas liberdades individuais em prol do bem comum (VECCHIO, 2006, p. 86).

Ainda quanto às funções do Estado Moderno, não se pode deixar de mencionar a teoria elementar da divisão dos poderes desenvolvida por Montesquieu, 1689-1755. Apesar de não ser exatamente a mesma do atual Estado democrático, foi nela que se desenvolveu a noção de uma tripartição funcional de suas forças (hoje, legislativo, executivo e judiciário), de forma independente e harmônica entre si. Montesquieu ficou conhecido como o "pai do constitucionalismo", em razão de sua importância na história do pensamento político do século XVIII (VECCHIO, 2006, p 88).

Por fim, Jean-Jacques Rousseau, 1712-1778 deu a teoria contratualista uma nova visão. Para ele, no estado de natureza o homem era bom, mas, ao associar-se teve a necessidade de criar mecanismos para se defender, e o fez através de um contrato social. Assim, a liberdade individual seria sacrificada em prol da liberdade comum. O Estado, portanto, resultaria da vontade geral, sendo a soberania nacional total e incomensurável, constituindo-se na máxima expressão dos anseios do povo (MALUF, 2016).

O estudo da jurisdição como monopólio estatal compreende uma série de aspectos, os quais englobam, por exemplo, a noção de poder, consubstanciado na capacidade de impor as decisões; a noção de atividade, materializada na sequência de atos pré-ordenados; e a noção de fi-

nalidade, a qual se relaciona com o objetivo da pacificação social (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2012).

Para Durkheim, o Estado seria um grupo de funcionários encarregados de exercer a autoridade e o poder em determinada sociedade, com funções sociais definidas e cum uma superioridade visível e importante.

Assim, para ele os Estados Modernos é que garantem as liberdades individuais, e que o indivíduo é um dos produtos do Estado e como produto do meio, se ocorre o aumento do poder do Estado, as liberdades individuais também se desenvolvem. (DURKHEIM, 1960, p. 93)

Essa compreensão moderna das funções do Estado era voltada a ideia da proteção e promoção do indivíduo na ordem social, pois para Durkheim o Estado era um agente moral, organizador da vida social, defensor das liberdades individuais e promotor da justiça social, definindo o papel do indivíduo nas sociedades modernas e democráticas. (DURKHEIM, 1960).

3. A TEORIA DO ETIQUETAMENTO SOCIAL – LABELLING APPROACH

A Teoria do Etiquetamento Social ou Labelling Approach surge após a 2.ª Guerra Mundial, no fim da década de 1950 e início da de 1960, nos EUA, e foi idealizada pelos integrantes da Nova Escola de Chicago.

À época, os Estados Unidos, vivenciava o falso êxito pós guerra, em um momento em que o "estado do bem-estar social" escondia a grande discriminação e problemas sociais daquele pais. Os estadunidenses se deparam com a luta das minorias negras por igualdade, a luta pelo fim da discriminação sexual, o engajamento dos movimentos estudantis na reivindicação pelos direitos civis, entre outros conflitos.

Naquele tempo, todas as condutas não aprovadas pelo estado era considerada "desvio social", colocando, por exemplo, a homossexualidade, o movimento *hippe*, o uso de drogas como comportamentos atentadores ao *status quo.*

Neste sentido, a Teoria do Labelling Approach traz o crime e a criminalidade como construções sociais, observando o sujeito como integrante de uma ordem social, não somente a sua individualidade. O desvio e a criminalidade passam a ser considerados uma etiqueta, um rótulo, que são

atribuídos a certos indivíduos por meio de complexos processos de interação social, e não mais uma qualidade particular, intrínseca da conduta individual. (SILVA, 2015, p. 102)

> a criminologia ao longo dos séculos tenta estudar a criminalidade não como um dado ontológico pré-constituído, mas como realidade social construída pelo sistema de justiça criminal através de definições e da reação social, o criminoso então não seria um indivíduo ontologicamente diferente, mas um status social atribuído a certos sujeitos selecionados pelo sistema penal e pela sociedade que classifica a conduta de tal indivíduo como se devesse ser assistida por esse sistema. Os conceitos desse paradigma marcam a linguagem da criminologia contemporânea: o comportamento criminoso como comportamento rotulado como criminoso. (BARATTA, 2013, p. 62)

A definição do que será punido ou não traz à discussão o sistema de seletividade penal, que permite que "esses estereótipos permitam a catalogação dos criminosos que combinam com a imagem que corresponde à descrição fabricada, deixando de fora outros tipos de delinquentes – criminosos de colarinho branco ou corrupção pública por exemplo. (ZAFFARONE, 1999, p. 130)

> *Quando os outros decidem que determinada pessoa é non grata, perigosa, não confiável, moralmente repugnante, eles tomarão contra tal pessoa atitudes normalmente desagradáveis, que não seriam adotadas com qualquer um. São atitudes a demonstrar a rejeição e a humilhação nos contatos interpessoais e que trazem a pessoa estigmatizada para um controle que restringirá sua liberdade. É ainda estigmatizador, porque acaba por desencadear a chamada desviação secundária e as carreiras criminais.* (BARRATA, 2003, p. 91)

O interesse social pelo tema tem sido cada vez mais crescente, propiciando, ainda que de forma transversal, uma quebra dos paradigmas sobre o sistema de persecução penal, além de uma análise epistemológica do papel do fato social e a individualidade do sujeito.

4. A TEORIA DA SELETIVIDADE PENAL

ZAFFARONI e PIERANGELI, afirmam que o Sistema Penal é o controle punitivo institucionalizado, por isso mesmo o que abarca a parcela estatal, e impõe uma punição a uma pessoa que infringe as regras de uma sociedade. (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2007, p. 65)

Para ZAFFARONI a seletividade, a reprodução da violência, a corrupção institucionalizada, a verticalização social, a destruição das relações comunitárias não são características de determinada conjuntura social, mas de uma estrutura de exercício de poder de todos os sistemas penais.

O sistema penal brasileiro é delineado por normas jurídicas abstratas. No entanto essa legalidade processual é incapaz de ser respeitada, porque dependente de órgãos com pouca ou nenhuma capacidade operacional.

Desta forma, para o referido jurista, o sistema de justiça penal está estruturado de uma forma a impedir a legalidade processual e a possibilitar o exercício do poder de forma arbitrária e seletiva sobre os setores vulneráveis. (ZAFFARONI, 1999, p. 102)

Neste sentido ROGÉRIO GRECO elucida:

> O processo de seleção surge desde o instante em que a lei penal é editada. Valores de determinados grupos sociais, tidos como dominantes prevalecem em detrimento da classe dominada. Em seguida, já quando vigente a lei penal, surge novo processo de seleção. Quem deverá ser punido? A resposta a essa indagação deveria ser simples, ou seja, todos aqueles que descumprirem a lei penal, afrontando a autoridade do Estado/Administração. Contudo, sabemos que isso não acontece. O Direito Penal tem cheiro, cor, raça; enfim, há um grupo de escolhidos, sobre os quais haverá a manifestação da força do Estado. (GRECCO, 2005, p. 158).

Alessandro Baratta, analisando dados de constatação empírica e os fundamentos teóricos subjacentes ao sistema penal e sua operacionalização prática, relata a inconsistência do que chama de "o mito da igualdade no Direito Penal", concluindo, primeiramente, que o Direito Penal pune os indivíduos de maneira desigual e fragmentária. Além disso, denuncia que a lei penal não é igual para todos, pois, o status de criminoso é distri-

buído de maneira desigual entre os indivíduos, a depender, sobretudo, da classe social a que pertencem. (BARATTA, 2003, p. 162)

Desta forma, Baratta parte do pressuposto de que, para se compreender o fenômeno da criminalidade, deve-se analisar a ação do sistema penal, que a define e a combate, através das instâncias oficiais de repressão, como a polícia. A atividade dessas instâncias de controle da delinquência acaba por distribuir, de forma díspar e estigmatizante, o rótulo de criminoso entre os indivíduos, dependendo de fatores econômico-sociais. (BARATTA, 2003, p. 189).

Neste contexto, Alice Bianchini, citando as palavras de Maria Lúcia Karan, assevera que:

> [...] os escolhidos para receber toda a carga de estigma, de injustiça e de violência, direta ou indiretamente provocada pelo sistema penal, são preferencial e necessariamente os membros das classes subalternas, fato facilmente constatável, no Brasil, bastando olhar para quem está preso ou para quem é vítima dos grupos de extermínio. (....) essa desigualdade, tão facilmente constatável, é, no entanto, encoberta por uma propaganda tão enganosa e eficaz, que, apesar disso, consegue "vender" a idéia da solução penal como alguma coisa desejável, até mesmo para os setores mais conscientes e progressistas. (KARAN e BIANCHINI, 2000, p. 62)

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesse sentido, conclui-se que uma das expressões do Estado diz respeito à atividade jurisdicional, consistente no poder de dirimir os desvios sociais.

O Estado tomou para si a função de promover a realização dos valores humanos, responsabilizando-se pela ordem e bem-estar social, utilizando para tanto da jurisdição. Essa função jurídica estatal é desempenhada através da legislação, a qual estabelece preceitos e modelos de condutas que devem ser realizados e evitados, e da jurisdição, que é o instrumento de concretização das leis aplicáveis a cada caso, cujo objetivo primordial é a pacificação social e a realização da justiça. (CINTRA, DINAMARCO E GRINOVER, 2012).

Dito isso, e tendo em vista a análise histórica até então empreendida, conclui-se que o Estado contemporâneo se aperfeiçoou quanto aos limites e poderes no exercício de suas funções – legislativa, administrativa e jurisdicional -, em busca de equilíbrio. Sobre essa última, consistente no poder-dever do Estado de solucionar os desvios sociais que se verificam entre seus membros.

Para Durkheim, a concepção de Estado estaria intrinsicamente ligada à coesão social, estando acima de quaisquer organizações comunitárias, cumprindo uma função moral sem fins religiosos ou conceituais.

Diante disso, deparamo-nos com as condutas que são reprovadas e precisam da jurisdição ou de ordem jurídica para resolução do que Durkheim denomina de desvio social.

É neste instante que surge a necessidade de compreensão de duas teorias jurídicas que se interligam através dos conceitos sociológicos apregoados por Durkheim e devem ser avaliados, a teoria do etiquetamento social e a teoria da seletividade penal, em que determinados indivíduos, que possuem características sociais idênticas, são pré-julgados e definidos como aqueles que serão segregados e punidos pelo Estado.

Nesse diapasão, o modelo de sociedade e Estado apregoados por Durkheim, através dos fatos sociais, devem ser analisados observando-se a necessidade de se verificar as características e peculiaridades que fazem emergir um desvio sério do Estado, que deixa de punir de forma generalizada, para atingir somente alguns selecionados e estigmatizados.

Enfim, é certa a importância do Direito para a manutenção da ordem social, atuando como instrumento de ordenamento e controle para o bem estar coletivo, mas deve-se verificar as consequências sociais apregoadas pelas teorias do etiquetamento e da seletividade penal, que oprime e discrimina uma parcela significativa da sociedade por questões econômicas, infra estruturais e de classes, gerando um caos que deve ser organizado através de políticas públicas adequadas e de leis que atinjam a todos, sem distinção.

O presente artigo não pretende e não consegue esgotar o tema, que pode ter um estudo sociológico qualitativo e quantitativo, operando as ferramentas sociológicas e jurídicas em prol de uma política pública de enfrentamento ao etiquetamento social e à seletividade penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal: uma introdução à sociologia do direito penal. 3ª Ed. 2002.

DURKHEIM, Émile. As regras do método sociológico. São Paulo : Abril Cultural, 1978. (Coleção Os pensadores).

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: RT. 2002.

GRECO FILHO, Vicente. Manual de Processo Penal, 11ª ed., São Paulo: Saraiva. 2015.

MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal. Campinas: Bookseller, vol. 3. 2009.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. Curso de Direito Internacional Público. 13ª ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2010.

OLIVEIRA, M. O Estado em Durkheim: elementos para um debate sobre sua sociologia política. Revista Sociologia Política. V. 18. N. 37. 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/rsocp/v18n37/09.pdf. Acessado em 28 de Setembro de 2018.

ZAFARONI, Eugênio Raul. Em Busca das Penas Perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan. 1999.

ZAFARONI, Eugênio Raul. PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro, volume 1: Parte Geral, 13ª Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BREVE HISTÓRICO E DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS SOBRE A QUESTÃO AGRÁRIA NO BRASIL

Bruna Franceschini

Introdução

O presente artigo é uma síntese de um estudo comparado sobre a questão agrária no Brasil e em Portugal, tendo ficado para este espaço apenas algumas ponderações gerais sobre o contexto brasileiro.

A análise se desenvolverá a partir de um recorrido histórico das origens do latifúndio no Brasil, em seguida, um apanhado de disposições, essencialmente, as constitucionais sobre o assunto da terra no Brasil e, por fim, serão analisados alguns julgados do Supremo Tribunal Federal que interessem à questão.

I Panorama da Questão Agrária no Brasil: as origens do latifúndio brasileiro

A história do latifúndio brasileiro remonta ao período colonial (ALCANTARA FILHO; FONTES, 2009, p. 64). A ocupação do território por parte dos portugueses, antes de mais nada, ocasionou a perda do habitat indígena, pois a partir de 1500, as terras passaram ao domínio da monarquia de Portugal. Em 1530, diante da necessidade de mensurar a terra, defendê-la e ocupá-la, D. João desenvolveu uma forma de administrar o território da colônia, por meio da distribuição das capitanias hereditárias.

Estas pessoas que recebiam a concessão de uma capitania eram, primordialmente, os nobres portugueses, os quais ficavam conhecidos como donatários. Eles deviam colonizar, proteger e administrar o território, em contrapartida, tinham o direito de explorar seus recursos naturais. Contudo, o modelo não vingou, apenas as capitanias de Pernambuco e São Vicente prosperaram. Dentre os motivos do fracasso estavam a grande extensão e o desconhecimento do território, a falta de recursos econômicos e os eventuais conflitos com os indígenas (FAUSTO, 1995, p. 45).

As capitanias, então, existiram até 1759 e foram extintas pelo Marquês de Pombal. Diante da dificuldade administrativa por parte dos donatários, outra forma de exploração da terra inaugurou-se. Foi o esquema de doação de sesmarias, lotes menores de terra com o intuito de torná-los produtivos. Com isso, o sesmeiro tinha a obrigação de cultivar a terra por um prazo de cinco anos, tornando-a produtiva e pagando os devidos impostos à Coroa. O sistema de distribuição de terras por sesmarias perdurou até 1822, quando a resolução 76 pôs fim a esta modalidade de apropriação de terras.

Novamente, o sistema fracassou, pelos mesmos motivos referentes às capitanias hereditárias. Ademais, raramente, as terras tornavam-se produtivas. Cumpre enaltecer, que o modelo de colonização também teve papel de destaque na concentração de terras do país, visto sempre priorizar uma agricultura extensiva, de monocultura e escravocrata, destinada ao mercado externo.

A concessão das capitanias hereditárias confiava o direito à posse da propriedade, ao passo que as sesmarias implicavam em direitos exploratórios da terra (ALCANTARA FILHO; FONTES, 2009, p. 65). No entanto, findo o regime sesmarial, houve uma ausência legal de cerca de 30 anos até a vigência da chamada Lei de Terras, de 1850. Esse período, em que a única forma de aquisição da terra era pela posse, ficou conhecido como "Império das Posses", porque houve um aumento no número dos chamados "posseiros" de grandes dimensões territoriais e originam-se as oligarquias rurais no Brasil.

A Lei de Terras, conhecida como Lei Eusébio de Queiroz, número 601, de 18 de setembro de 1850, legitimou as sesmarias concedidas no passado e a maioria das posses conquistadas no período de 1822 até 1850. Dessa forma, é possível inferir que, na verdade, essa lei legitimou o latifúndio no país. Outro aspecto traiçoeiro da lei, foi que só a partir dela, as

terras começaram a gozar do registro público. As fraudes nas documentações das terras são um outro problema histórico do Brasil. Nesse ponto, merece destaque o processo de "grilagem", tema que não deixa de ser atual nos conflitos do campo.

A lei também preconizava o fim da modelo escravocrata, por isso acabou por influenciar a entrada dos estrangeiros no país. Ao longo do período subsequente, após a proclamação da República, de 1889 até 1964, a questão da terra ficou subjugada (ALCANTARA FILHO; FONTES, 2009, p. 66). Portanto, somente em 30 de novembro de 1964, durante o governo do presidente Marechal Humberto de Alencar Castelo Branco, instituiu-se a primeira Lei de Reforma Agrária no Brasil, a Lei número 4504, conhecida como Estatuto da Terra.

O surgimento da lei está atrelado à necessidade de distribuição de terras no Brasil, além de conceituar o campo, determinar os níveis de produtividade e caracterizar o uso social da terra (ALCANTARA FILHO; FONTES, 2009, p. 67). Inova também ao trazer à tona a função social da propriedade, nos seguintes termos:

> *§ 1° - A propriedade da terra desempenha integralmente a sua função social quando, simultaneamente:*
>
> *a) favorece o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores que nela labutam, assim como de suas famílias;*
>
> *b) mantém níveis satisfatórios de produtividade;*
>
> *c) assegura a conservação dos recursos naturais;*
>
> *d) observa as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que a possuem e a cultivem.*

A partir de 1950, devido à intensificação da industrialização e do processo de urbanização do país, a questão da terra ganhou nova força. Nesse período, surgem as primeiras Ligas Camponesas do Governo Federal, cria-se a partir delas a Superintendência de Reforma Agrária (SUPRA), ambas combatidas pelo regime militar. Como forma de compensação, é estabelecido o, já mencionado, Estatuto da Terra. São frutos do diploma: o Instituto Brasileiro de Reforma Agrária (IBRA) e o Instituto Nacional de Desenvolvimento Agrário (INDA), em substituição à antiga SUPRA.

Apenas em 1970, surge o INCRA (Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária), o qual é, até hoje, o órgão responsável sobre o assunto.

Um último tema de especial interesse neste histórico é o surgimento dos movimentos sociais, particularmente, os do campo. Antes de 1964, houve manifestações esparsas, sem um caráter unificador. Os movimentos estavam associados a figuras carismáticas e a violência era recorrente. São exemplos: o Contestado (Santa Catarina e Paraná, 1912); Trombas e Formosa (Goiás, 1952); as Ligas Camponesas (Nordeste, 1950-60). Os movimentos sociais pós 1964, são mais articulados, possuem inimigos mais concretos, como o próprio regime autoritário e as políticas agrárias. Neste contexto, são exemplos marcantes: o Movimento dos Sem-Terra (MST); o Novo Sindicalismo Rural; o Movimento das Mulheres Agricultoras (MMA); o movimento dos camponeses integrados e o movimento dos operários do campo (FOSCHIERA, 2004, p. 77-88). São traços evidentes daquela época, as novas tentativas de manifestação popular por parte dos movimentos, no entanto, o Brasil, historicamente, reprime violentamente os que insurgem contra a manutenção do *status quo.*

II A legislação constitucional brasileira

Como bem ensina Octávio Mello Alvarenga (1995, p. 22-27), todas as constituições pátrias se ocuparam da questão da propriedade. Desde logo, com o artigo 179, item 22, da Constituição Política do Império, de 1824, já se anunciava que:

É garantido o direito de propriedade em toda a sua plenitude.

> Se o bem público, legalmente verificado, exigir o uso e o emprego da propriedade do cidadão, será ele previamente indenizado do valor dela. A lei marcará os casos com que terá lugar esta única exceção e dará as regras para determinar a indenização.

A Constituição da República de 1891, artigo 72, por sua vez, assegurava que:

> O direito à propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante

> indenização prévia. As minas pertencem aos proprietários do solo, salvo as limitações que forem estabelecidas.

Dos ditames do artigo 113, número 17, da Carta Magna, de 1934, extraía-se que, *in verbis:*

> A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> 17) É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior.

Os mesmos trilhos foram percorridos pela Carta Maior, de 1937:

> Artigo 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade
>
> Artigo 123 - A especificação das garantias e direitos acima enumerados não exclui outras garantias e direitos, resultantes da forma de governo e dos princípios consignados na Constituição. O uso desses direitos e garantias terá por limite o bem público, as necessidades da defesa, do bem-estar, da paz e da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da Nação e do Estado em nome dela constituído e organizado nesta Constituição.

Em mesmo sentido, a Constituição, de 1946, parágrafo, 16 do artigo 141, aduzia que:

> A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

> § 16. É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, com a exceção prevista no § 1º do art. 147. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior.

A Emenda Constitucional número 10, de novembro 1964, deu azo à autonomia do Direito Agrário, isto porque dispôs que a competência para legislar sobre esse tema específico e para decretar impostos sobre a propriedade rural estava a cargo da União. Com este escopo, o citado artigo 16, tem sua redação alterada diante da supressão da sua parte final e essa alteração constitucional possibilitou a promulgação do "Estatuto da Terra", Lei número 4.504, de 30 de novembro de 1964.

Finalmente, a Constituição, de 1967, artigo 150 e a Emenda Constitucional número 1, de 1969, artigo 153, preconizavam que aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no Brasil, seria inviolável, dentre outros direitos, o direito à propriedade.

Diante desse conciso retrospecto, revela-se a importância do texto de 1988, o qual elevou ao patamar constitucional a função social da propriedade rural, sob a égide da necessidade de uma redistribuição das terras, por meio da reforma agrária. Nesse tocante, convivem no mesmo diploma legal a defesa da propriedade privada, mas relativizada em certos aspectos anunciados por leis.

De acordo como artigo 5º, portanto:

> 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:
>
> XXII- é garantido o direito de propriedade;
>
> XXIII- a propriedade atenderá a sua função social;
>
> XXIV- 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;
>
> XXVI - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento.

Os enunciados referentes ao Título VII, "Da ordem econômica e financeira", Capítulo III, "Da política agrícola e da reforma agrária" (STOREL FILHO; ALMEIDA; MORAES, 2006, p. 73), inovam ao inserir no bojo das realizações constitucionais a reforma agrária. No entanto, é a legislação infraconstitucional que disciplinará os procedimentos para efetivar o instituto, ou pelo menos tentar.

No que concerne à reforma agrária em específico, destacam-se os artigos 184 e 185 da CF. Dessa forma, apreende-se que, *ipsis litteris:*

> Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.
>
> § 1º - As benfeitorias úteis e necessárias serão indenizadas em dinheiro.
>
> § 2º - O decreto que declarar o imóvel como de interesse social, para fins de reforma agrária, autoriza a União a propor a ação de desapropriação.
>
> § 3º - Cabe à lei complementar estabelecer procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo judicial de desapropriação.
>
> § 4º - O orçamento fixará anualmente o volume total de títulos da dívida agrária, assim como o montante de recursos para atender ao programa de reforma agrária no exercício.

> § 5º – São isentas de impostos federais, estaduais e municipais as operações de transferência de imóveis desapropriados para fins de reforma agrária.
>
> Art. 185. São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária: I – a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra;
>
> II – a propriedade produtiva.
>
> Parágrafo único. A lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos à sua função social

É, portanto, a União competente para a desapropriação para fins de reforma agrária, a qual incidirá sobre as propriedades que não estejam cumprindo sua função social. Dessa forma, forma resta vedado ao proprietário invocar o princípio da garantia do direito de propriedade, por não se tratar de um direito com caráter absoluto. Em sentido contrário, uma propriedade produtiva não será alcançada por essa proposta de desapropriação, tampouco a pequena e média propriedade, conforme aduz o inciso I, do artigo 185, transcrito supra.

A uma propriedade produtiva e que mantenha a sua função social está garantida a não intervenção estatal, a qual somente poderá acontecer mediante interesse governamental, observadas todas as regras de indenização do proprietário. A reforma agrária, a seu turno, só pode ser motivada por interesse social, ou seja, refere-se a um interesse de terceiros, designados por toda a comunidade. Com isso, a ordem econômica afasta-se de uma visão individualista para conferir benefícios a todos, em outros termos, passa a ter um destino social (ARAÚJO, 2001, p. 117).

Merecem destaque e um estudo particular as leis infraconstitucionais sobre o assunto. Em mero caráter ilustrativo, citam-se, notadamente, a Lei número 8.629, de 25 de fevereiro de 1993 que dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais referentes à reforma agrária; a Lei Complementar número 76, de 6 de julho de 1993, a qual versa sobre o rito sumário para as desapropriações de imóveis rurais para evitar a uma longa demanda judicial; e, a Lei Complementar número 88, de 23 de dezembro de 1996, que altera alguns artigos da lei citada anteriormen-

te, pois a maioria das críticas eram acerca da morosidade no processo de desapropriação e tentou-se, mais uma vez, legislar em prol da celeridade processual (ARAÚJO, 2001, p. 119).

III A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal (STF) possui uma vastidão de julgados sobre a reforma agrária, seja no tocante aos aspectos processuais, seja na ponderação de interesses constitucionais, sociais, políticos e econômicos. O interesse do artigo é percorrer um diagnóstico crítico da eficácia social do instituto, de forma que os aspectos meramente processuais merecem ser objeto de outro modelo de análise. Por isso, a seleção dos julgados se compatibiliza às intencionalidades expressas.

Certamente, a discussão mais inflamada sobre a distribuição de terras é a que se trava entre a ponderação de defender a manutenção da propriedade privada e o interesse social de promover uma remodelação fundiária rural. O ministro Celso de Mello assim se posicionou sobre o assunto:

> O direito de propriedade não se reveste de caráter absoluto, eis que, sobre ele, pesa grave hipoteca social, a significar que, descumprida a função social que lhe é inerente (CF, artigo 5º, XXIII), legitimar-se-á a intervenção estatal na esfera dominial privada, observados, contudo, para esse efeito, os limites, as formas e os procedimentos fixados na própria Constituição Federal.
>
> O acesso à terra, a solução dos conflitos sociais, o aproveitamento racional e adequado do imóvel rural, a utilização apropriada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente constituem elementos de realização da função social da propriedade. A desapropriação, nesse context — enquanto sanção constitucional imponível ao descumprimento da função social da propriedade — reflete importante instrumento destinado a dar consequência aos compromissos assumidos pelo Estado na ordem econômica e social. Incumbe, ao proprietário da terra, o dever jurídico-social de cultivá-la e de explorá-la adequadamente, sob pena de incidir nas disposições constitucionais e legais que sancionam os senhores de imóveis ociosos, não cultivados e/ou improdutivos, pois só se tem

> por atendida a função social que condiciona o exercício do direito de propriedade, quando o titular do domínio cumprir a obrigação (1) de favorecer o bem-estar dos que na terra labutam; (2) de manter níveis satisfatórios de produtividade; (3) de assegurar a conservação dos recursos naturais; e (4) de observar as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que possuem o domínio e aqueles que cultivam a propriedade." (ADI 2.213-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 23/04/04).

Como mencionado no histórico, os movimentos sociais do campo exercem papel de destaque na luta pela reforma agrária. O procedimento que já é moroso e que não goza de expressiva simpatia política, sem a pressão dos camponeses, estaria ainda mais aquém do que se pode visualizar hodiernamente. Todavia, a histórica forma de manifestação por meio das ocupações de terras, incita diferentes opiniões sobre a realidade rural. As ocupações das propriedades são uma forma de pressionar o Governo e autoridades competentes a agirem.

Essa forma de protesto, no entanto, originou medidas jurídicas a fim de desencorajá-las. Durante o primeiro mandato do presidente Fernando Henrique Cardoso, foi registrado um aumento nas ocupações de terras, que perfaziam uma média de 361 ocorrências por ano. A medida provisória número 2.183-56, de 2001, diminuiu as ocorrências para uma média de 250 por ano (FERREIRA, 2001, p. 16). Isto porque essa medida assevera que o imóvel público ou particular que estivesse ocupado não seria vistoriado, avaliado ou desapropriado nos dois anos seguintes à sua desocupação, ou no dobro do prazo, em caso de reincidência. Ademais, deveria ser apurada a responsabilidade civil e administrativa de quem participasse das ocupações.

Essa medida provisória gerou algumas consequências nos conflitos de terras, primeiramente, houve uma paralisação das ocupações. Posteriormente, começou um processo de ocupação de terras produtivas, apenas para pressionar o Governo a desocupar outras terras improdutivas. Outro reflexo, foi o incentivo à criminalização dos movimentos sociais, principalmente, os do campo.

A medida provisória alterou a Lei 8.629, de 25 de fevereiro de 1993. Dentre as várias nuances que as ocupações de terra podem originar, se-

guem julgados do STF que delineiam os contornos práticos delas. O primeiro consolida o entendimento de que um imóvel ocupado depois de vistoria pelo Incra, não tem afastada a sua desapropriação.

> AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. DESAPROPRIAÇÃO. REFORMA AGRÁRIA. CONTROVÉRSIA ACERCA DA PRODUTIVIDADE DEIMÓVEL RURAL, NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE DE PRODUZIR PROVAS EM MANDADO DE SEGURANÇA. SUPOSTA TURBAÇÃO E ESBULHO OCORRIDA APÓS A REALIZAÇÃO DE VISTORIA DO INCRA. INEXISTÊNCIA DE ÓBICE À DESAPROPRIAÇÃO. ÁREA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL. EXISTÊNCIA DE LICENÇA. AGRAVO DESPROVIDO.
>
> II - A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a desapropriação somente é vedada nos casos em que o esbulho possessório ocorre anteriormente ou durante a realização da vistoria, o que não é o caso dos autos. Precedentes.
>
> III - É possível a realização de desapropriação para fins de reforma agrária em imóveis abrangidos por áreas de proteção ambiental, desde que cumprida a legislação pertinente. Precedentes. No caso, foi obtida licença prévia para assentamento de reforma agrária. (MS 25.576-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 22-6-2011, Plenário,DJE de 5-8-2011)17

Em outra perspectiva, seguem mais dois julgados acerca da possibilidade da ocupação de uma pequena parte do território ter o condão de ensejar a improdutividade, ou não, da propriedade. As manifestações dos ministros do STF, sobre o assunto, foram controversas, como nota-se:

> "A invasão de menos de 1% do imóvel (20 hectares de um total de 2.420 hectares) não justifica, no caso, o estado de improdutividade do imóvel. (MS 23.054/PB, Rel. o Min. Sepúlveda Pertence)." (MS 23.857, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 13/06/03)

> "Mandado de Segurança. Desapropriação para fins de reforma agrária. 3. Os recursos administrativos, sem efeito suspensivo, não impedem a edição do decreto de declaração de utilidade pública (Lei 9.794/99, art. 61). Precedente: MS nº 24.163, DJ de 19.9.2003. Inocorrência de ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa. 4. Vistorias parceladas. Admissibilidade. Glebas exploradas autonomamente por arrendatários distintos. 5. Configuração de plausibilidade da impetração de modo a obstar medidas tendentes a dificultar a própria produtividade do imóvel, especialmente se, como no caso, a invasão ocorre em áreas onde haja água, passagens ou caminhos. 6. Ocupação pelos "sem-terra" de fração que, embora diminuta, é representativa para a administração da propriedade denominada Engenho Dependência. Superação da jurisprudência do STF firmada no MS nº 23.054-PB, DJ de 4.5.2001 e MS nº 23.857-MS, DJ de 13.6.2003, segundo a qual, a ínfima extensão de área invadida, não justifica a improdutividade de imóvel." (MS 24.764, Min. Rel. Gilmar Mendes, DJ 24/03/06)

A questão agrária é muito complexa, ainda mais em países com extensões territoriais continentais, como o Brasil, porque diferenças de relevo, clima, vegetação e solo tornam necessários índices diferentes para cada localidade e reforçam a análise jurídica de cada caso concreto, em uma perspectiva social e política. O poder judiciário é assumido como um dos maiores entraves à efetivação da reforma agrária no país, contudo, sem uma atuação compromissada deste poder, tampouco será garantido qualquer avanço no tema.

A jurisprudência é ampla e contém tanto decisões tradicionais e conservadoras, como julgados com caráter mais progressistas. No entanto, a reforma agrária não pode ser feita apenas com os instrumentos do Direito. O implemento de uma agenda que vise consolidar, de fato, a reforma, perpassa, na verdade, uma mudança nas estruturas atuais da sociedade.

Considerações Finais

Falar sobre questão agrária e, por conseguinte, sobre reforma agrária no Brasil não deixa de ser um tema atual, principalmente, em tempos de tantos questionamentos acerca do direito ambiental, da soberania alimen-

tar e da autodeterminação dos povos originários – apenas para citar algumas celeumas que envolvem a questão da terra. Por isso, revisitar os instrumentos jurídicos – políticos que estão disponíveis, tendo consciência de sua origem, é imperativo para poder efetivar mudanças na sociedade.

No mais, vale ressaltar que esta é apenas uma concisa amostra de um estudo que se almeja, à luz do direito comparado, entre Brasil e Portugal.

Referências Bibliográficas

ALCANTARA FILHO, José Luiz; FONTES, Rosa Maria Olivera (2009). "**A formação da propriedade e a concentração de terras no Brasil".** Revista de História Econômica & Economia Regional Aplicada, 7, 63-85. Disponível em:< https://periodicos.ufjf.br/index.php/heera/article/view/26559/18322.f>. Acesso em 18 de ago de 2019.

ALVARENGA, Octavio Mello. **Política e Direito Agroambiental**. Comentários à nova lei de reforma agrária (Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993). Rio de Janeiro: Forense. 1ª ed. 1995.

ARAÚJO, Luiz Ernani Bonessso de (2001)." **A reforma agrária na Constituição de 1988".** 113-118.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** ADI 2.213-MC, Relator Min. Celso de Mello, 2004. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347486> Acesso em 4 de abril de 2014.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. MS 25.576-AgR, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 2011. Disponível em:

<.http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=625280> Acesso em 4 de abril de 2014.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. MS 24.764, Relator: Min, Gilmar Mendes, 2006. Disponível em:<http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/MS_24764_DF_1278996626573.pdf?Si gnature=5zFREXNKnq34CGvw2yZtOnRXIps%3D&Expi-

res=1396802387&AWSAccessKey Id=AKIAIPM2XEMZACAX-CMBA&response-content-type=application/pdf> Acesso em 4 de abril de 2014.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil.** 2ª ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1995.

FOSCHIERA, Atamis Antonio (2004).**" Um olhar sobre os movimentos sociais no campo do Brasil".** Revista Interface, 1, 77-88. Disponível em:

<http://revista.uft.edu.br/index.php/interface/article/viewFile/323/221> Acesso em 18 de ago de 2019.

STOREL FILHO, Antônio Oswaldo; ALMEIDA, Cecília Ladeira de; MORAES, Sônia Helena Novaes Guimarães (2006). **A legislação e os impasses da Política Agrária.** Revista ABRA, 32, 69-86.

CONTEXTUALIZAÇÃO E DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS SOBRE A QUESTÃO AGRÁRIA EM PORTUGAL

Bruna Franceschini

Introdução

A distribuição de terras tem sido motivo de conflitos desde os primórdios da organização humana. A propriedade rural enseja certo poder de controle do território. Por mais que a industrialização e o capitalismo tenham acrescentado outros elementos na ótica do poder dominante na sociedade, não se nega que os grandes proprietários de terras, em qualquer lugar do mundo, são pessoas de fortes influências, principalmente, políticas.

A concentração de terras gera, por sua vez, uma constante tensão entre os detentores e os trabalhadores camponeses. Sob este prisma, a pauta da reforma agrária é uma bandeira histórica incutida no meio social, mas que, todavia, ainda resta sem expressivos resultados. Aliás, muito pelo contrário, os campos ainda são cenários de truculentos embates, mesmo diante de vasta legislação sobre o assunto.

Por isso, a proposta da reforma agrária é ampla e enseja mudanças nas relações previamente estabelecidas. Nas palavras de José Gomes da Silva (apud ALVARENGA, 1995, p. 5):

> Reforma agrária é o processo amplo, imediato e drástico de redistribuição de direitos sobre a propriedade privada da terra agrícola,

> promovido pelo Governo, com a ativa participação dos próprios camponeses e objetivando sua promoção humana, social, econômica e política.

Nessa esteira, desde a Antiguidade já se discutia a repartição de terras e as camadas populares se organizavam a fim de lutar por isso. Já em Roma, houve tentativas de limitar as grandes explorações agrícolas obtidas às custas das terras conquistadas pelo Estado, favorecendo a reconstituição da classe dos pequenos agricultores, por Tiberius Gracchus (133 a.C.) e por Caio Gracchus (123 a.C)(CORDEIRO, 2004, p. 844). Mesmo na Idade Média presenciou-se lutas sociais pela posse da terra. Os nobres e os senhores feudais tiveram que lutar contra os trabalhadores rurais e, como de costume, a represália da nobreza foi grande, matando-se milhares de mulheres e crianças (FERREIRA, 1994, p. 49-51).

Dada a relevância do tema, o que se pretende por meio deste artigo é fazer um sucinto recorte sobre a questão agrária em Portugal, elucidando um breve contexto histórico; os dispositivos constitucionais de interesse e entendimentos do Tribunal Constitucional que possam ilustrar a problemática.

I. Panorama da questão agrária em Portugal: as origens do latifúndio português e breve análise da conjuntura no período de 1974-1976

A explanação do conflito de terras requer um olhar sobre a história da ocupação do território nacional. Com base nos estudos feitos por A. de Vale Estrela (1978, p. 219-363), apreende-se que os latifúndios tiveram suas origens no período da reconquista da Península e ao modo como a região do Sul foi repovoada. O restrito número de habitantes da região somado às guerras travadas com os Mouros até o fim do século XII tiveram o condão de concentrar a população em cidades fortificadas e acabou por gerar a divisão do sul em grandes propriedades destinadas aos nobres, à Igreja e aos militares para que as defendessem.

Além disso, constatava-se a existência de terras livres e usadas para o pastoreio comunal. Da concentração fundiária surgiram pequenos agricultores muito pobres dependentes do meeiro e do arrendamento e uma imensidão de trabalhadores sem terras.

As leis de desamortização da época de D. Dinis e a Lei das Sesmarias, do rei D. Fernando, demonstraram tentativas para mudar o sistema fundiário de outrora e fomentar o cultivo da terra. Entretanto, as iniciativas não possuíam qualquer caráter popular, por isso as grandes propriedades mantiveram-se inalteradas até a revolução liberal do século XIX.

Ainda no século XVIII, três eram os tipos dominantes de propriedade na região sul: as terras da coroa, as terras dos nobres absentistas e as terras pertencentes aos mosteiros. No entanto, havia, ainda, em menor escala, as chamadas terras comunais e raras propriedades locais obtidas por eventuais doações dos nobres.

Em 1834, com a revolução liberal, as terras de ordem religiosa foram confiscadas e foram revogadas as doações de terras da coroa aos nobres. As terras foram a leilão, contudo, só quem era financeiramente consistente para arrematar os bens era a burguesia emergente e alguns médios proprietários locais. Para os pequenos produtores e assalariados a revolução apenas implicou em uma "mudança de patrão e não de condição".

Neste mesmo momento histórico, outra medida crucial foi a divisão das terras comunais, as quais eram propriedades das vilas e das aldeias, utilizadas pelos próprios residentes e serviam para equilibrar os orçamentos domésticos das classes proletárias. Essas terras também foram levadas a leilão, com o objetivo de serem divididas pelos habitantes locais. Com isso, os ricos da região aproveitaram a oportunidade para agregá-las aos seus bens pessoais. Na superveniência de qualquer inadimplemento, as propriedades eram confiscadas e revendidas em hasta pública, nas quais os latifundiários tinham acesso. Portanto, essa medida foi ainda pior, porque fez com que os pobres perdessem, por completo, o direito sobre as terras comuns.

Já no final do século XIX, houve a completa transição dos grupos proprietários, os quais deixaram de ser compostos pela coroa, nobreza e Igreja para se tornarem bens da burguesia. Por tudo, visualiza-se que os detentores dos latifúndios no momento pré-reforma agrária eram, ainda, os descendentes dessas famílias burguesas.

Caminhando alguns anos na história, estudos apontam que Portugal estava estagnado no período de 1953 até 1972, época em que apresentava taxas de crescimento do produto agrícola bruto de 0,5% ao ano, devido à baixa produtividade da terra e da mão de obra. A consequência desse

cenário foi, por óbvio, um aumento na taxa da importação, o que, por sua vez, refletiu um déficit crescente na balança de transações agrícolas.

O inquérito agrícola de 1968 apontava mais de 800 mil propriedades rurais no país, sendo que 77% delas eram propriedades com menos de 4 hectares, porém só representavam 15% do solo agrícola. Ao passo que as propriedades com mais de 500 hectares representavam somente 0,2% do total, mas ocupavam 30,5% do total do solo agrícola. Dessa forma, das 1305 propriedades com mais de 500 hectares, 1233 se situavam nos distritos de Lisboa, Santarém, Castelo Branco, Évora, Beja, Setúbal e Portoalegre.

Todos esses fatores culminaram na reforma agrária de 1974 até 1976, vale dizer que o processo foi impulsionado pelo pós 25 de abril, entretanto há quem defenda que mesmo sem a revolução que a precedeu, a reforma agrária estava em vias de eclodir (CARVALHO, 2004, p. 33). Muitas foram as ocupações de terras naquele momento que culminaram em uma legitimação do processo de reforma agrária pelo direito nas zonas de intervenção da reforma agrária (ZIRA), detidamente no Alentejo.

A legislação constitucional será estudada em tópico específico, contudo, vale citar, em caráter exemplificativo, alguns dos importantes diplomas infraconstitucionais sobre o assunto: o Decreto Lei 203-C/75; o Decreto Lei 406-A/75, cujo preâmbulo era muito mais enérgico do que a realidade das expropriações, pois determinava que o ministério da Agricultura poderia efetuar expropriações sem fixação de prévia indenização (artigo 9); o Decreto Lei 236-A/76 que é mais flexível e origina as ZIRA e garante o direito de reserva mesmo pra quem não explorasse diretamente a terra. Todos estes anteriores à Constituição e dos quais verifica-se uma tentativa de adequar o direito à realidade.

Não se pode esquecer, tampouco, que, ao longo deste processo de surgimento e alterações de legislações agrárias, Portugal aderiu à Política Agrícola Comum (PAC), em 1986, da então, Comunidade Econômica Europeia (CEE), fato que também implicará em mudanças na agricultura do país.

II. Legislação constitucional portuguesa

O tema da reforma agrária, especificamente, acerca da disposição legal com vistas à eliminação do latifúndio, implica em amplas nuances,

uma vez que, sua prática foi, via de regra, regulada pela legislação infraconstitucional. Contudo, sendo o objeto deste trabalho percorrer a legislação constitucional do tema, haverá a restrição da análise em prol do antigo artigo 97 da Constituição de 1976, o qual, depois da revisão de 1997 tornou-se o número 94 e que teve sua redação redefinida em revisão antecedente, a de 1989.

Com efeito, é pertinente destacar a realidade jurídica daquele momento da reforma agrária portuguesa ou da chamada conquista territorial entre abril de 1974 e julho de 1976. Frente à inexistência de lei constitucional, era possível deparar-se com leis intencionalmente lacunosas, pois possibilitavam omissões e interpretações casuísticas por parte dos centros decisórios administrativos. Da mesma forma, era comum que a disposição do preâmbulo de um Decreto-Lei fosse contrastante do desenvolvimento legal da matéria, o que evidencia um legislador pressionado a fazer concessões ao momento histórico em que se inseria (PINTO, 1983, p. 87).

O artigo 97 dispunha em seu número 1:

> A transferência da posse útil da terra e dos meios de produção diretamente utilizados na sua exploração para aqueles que a trabalham será obtida através da expropriação dos latifúndios e das grandes explorações capitalistas.

Seriam, portanto, passíveis de expropriações os latifúndios e as grandes explorações capitalistas. O primeiro obedeceria a um critério não só quantitativo, como também ao critério qualitativo: propriedade rústica de grande extensão com subaproveitamento da terra e/ou do homem. Já o segundo compreende uma acepção mais ampla, todavia pouco determinada pelo diploma em voga, sendo possível determinar a inclusão da pecuária intensiva e industrializada, as instalações de avicultura e suinocultura e as empresas agroindustriais por mera analogia.

O texto também era silente no tocante às terras subaproveitadas e às terras ditas incultas, sinônimo de abandonadas (LOURENÇO, 1977, p. 126 e127). Este caso, se coincidente com a ideia de meios de produção abandonados, que teria uma legislação constitucional especial: artigo 87 do texto original.

Historicamente, um dos problemas que circunda a discussão da reforma agrária é mensurar o que seria considerado latifúndio. À época considerava-se latifúndio a área de 50.000 pontos ou, independente desse requisito, que ultrapassasse os 700 hectares, de acordo com o Decreto-Lei 406-A/75, conjugado com o 236-A/76[83]. Além disso, seria uma média propriedade aquela que estivesse entre 30 e 700 hectares e a pequena seria a menor de 30.

Em tentativa de conceituar o latifúndio, Henrique de Barros (apud PINTO, 1983, p. 260) assume que o termo não tem uma definição precisa, mas que esta se faz necessária para a economia agrária e elenca características deste como a exploração de milhares de hectares, cultura extensiva ao máximo, raras benfeitorias, pouca e imperfeição da mão de obra utilizada e deficiência de capital de exploração por hectare.

Outro ponto intrigante do número 1 do artigo era a opção pelo termo posse útil dos bens expropriados, ou seja, garantia-se o direito de exploração, mas não o direito de propriedade. Nas palavras do Deputado José Luís Nunes (apud LOURENÇO, 1977, p. 129):

> (...) entendemos que não é a propriedade da terra que deve ser transferida para quem trabalha. Mas entendemos, também, que não é a mera fruição. Nós entendemos que a expressão posse útil da terra no seu sentido jurídico, permitirá aos trabalhadores utilizarem os meios legais da tutela e defesa da posse previstos na lei civil.

O número 2 do artigo preconizava que:

> As propriedades expropriadas serão entregues, para a exploração, a pequenos agricultores, o cooperativas de trabalhadores rurais ou de pequenos agricultores ou a outras unidades de exploração coletiva por trabalhadores.

83 Em um primeiro momento, a classificação pela pontuação não era levada em consideração, então, as
áreas de sequeiro com mais de 500 hectares e as áreas de regadio com mais de 50 hectares eram consideradas latifúndios.

Neste ínterim, outras conceituações careceram de atenção constitucional, como é o caso do termo *pequenos agricultores*. Ademais, nada se menciona acerca dos médios agricultores, os quais também são destinatários da reforma agrária. Sem pretensões de exaurir a discussão que se travava naquele tempo, mas a fim de ilustrar as linhas gerais do assunto, segundo Henrique de Barros, a dimensão da propriedade rústica envolveria não só a extensão do território, mas sim, a receita líquida que determinado espaço é capaz de proporcionar. Por isso, a média propriedade seria aquela que o proprietário, para conseguir manter-se e à sua família em nível social médio, seja em regra forçado a tornar-se empresário, isto é, que a cobrança de rendas não seja suficiente para alcançar o que se deseja. Noutra perspectiva estaria a pequena propriedade, assinalada pela exploração direta e com recurso quase que exclusivamente oriundo do trabalho familiar, que gere condições financeiras iguais ou pouco superiores às condições dos trabalhadores assalariados, sendo possível, inclusive, verificar a necessidade de exercício de atividades complementares (LOURENÇO, 1977, p. 139).

A categoria admitida pelas cooperativas de trabalhadores rurais ou de pequenos agricultores já eram mais claramente identificadas e adotavam os princípios constitucionais cooperativos, donde citam-se os artigos 84 e 89, de outrora, para exemplificar. Por outro lado, a terceira categoria, designada por outras unidades de exploração coletiva por trabalhadores, lê-se trabalhadores rurais, extrapola a concepção para outros tipos de empresas que não eram organizadas pelos princípios cooperativos, com diferenças práticas, portanto, nas regras de gestão e distribuição dos rendimentos.

Por fim, o número 3 enunciava que:

> As operações previstas neste artigo efetuam-se nos termos que a lei da reforma agrária definir e segundo o esquema de ação do Plano.

Depreendia-se, portanto, que as operações no processo da reforma agrária estariam sujeitas à lei específica, cujas bases constituíam competência exclusiva da Assembleia da República, consoante ao artigo 167, alínea 'r' daquele diploma legal. Restava excluído, constitucionalmente, o sancionamento das ocupações praticadas, embora os doutrinadores divergissem quanto à admissão, ou não, dessa via insurrecional, a qual, para

alguns, seria uma revolução agrária. Já que a reforma agrária se efetivaria de forma pacífica e dentro dos limites legais.

Finalmente, a derradeira lição era de que as operações se concretizariam conforme o esquema de ação do Plano, de acordo com as competências atribuídas à Assembleia da República, ao Conselho Nacional do Plano e seguindo os imperativos de descentralização, regionalização e participação, tudo como disposto nos antigos artigos 94, 95 e 164, alínea 'g'.

Percorrida a análise do texto original da Constituição de 1976, cumpre estudar as alterações promovidas ao longo das diversas revisões e da perspectiva histórica do instituto também. Precipuamente, a numeração atual do artigo é 94 e a revisão de 1989 eliminou o número 3 e redefiniu os ditames dos números 1 e 2. Desta forma, a atual redação do artigo é a seguinte:

> 1. O redimensionamento das unidades de exploração agrícola que tenham dimensão excessiva do ponto de vista dos objetivos da política agrícola será regulado por lei, que deverá prever, em caso de expropriação, o direito do proprietário à correspondente indemnização e à reserva de área suficiente para a viabilidade e a racionalidade da sua própria exploração.
>
> 2. As terras expropriadas serão entregues a título de propriedade ou de posse, nos termos da lei, a pequenos agricultores, de preferência integrados em unidades de exploração familiar, a cooperativas de trabalhadores rurais ou de pequenos agricultores ou a outras formas de exploração por trabalhadores, sem prejuízo da estipulação de um período probatório da efetividade e da racionalidade da respectiva exploração antes da outorga da propriedade plena.

Como percebe-se o teor do artigo e sua intencionalidade foram fortemente alterados ao longo do tempo pelas revisões constitucionais e pela jurisprudência do Tribunal Constitucional. Desde logo, é nítido que os termos "grandes explorações capitalistas" e "latifúndio" foram subtraídos do texto e este, especificamente, foi substituído por "unidades de exploração agrícola que tenham dimensão excessiva". Isto porque, de acordo com Antonio Menezes Cordeiro (apud MIRANDA; MEDEIROS, 2006, p. 162), o problema da agricultura dos países desenvolvidos, notadamente da

União Europeia, não é a extensão da exploração agrícola, e sim, o subdimensionamento capaz de enfraquecer a agricultura e o uso racional do solo. Logo, ainda que a discussão não mais perpasse o objetivo literal de eliminar o latifúndio, pretende-se impedir que grandes propriedades restem subaproveitadas.

Ainda no que tange ao número 1 do artigo estão previstos, destacadamente, o direito de reserva e o direito à indenização frente à expropriação. Já o número 2 ao indicar os beneficiários diretos da eliminação dos latifúndios não menciona os médios agricultores (diferente do artigo 97, número1 que os cita) e veda a integração das terras expropriadas no setor público. Noutras palavras, o Estado não poderá substituir os grandes proprietários na exploração do latifúndio, sem que se possa cogitar qualquer infração ao princípio da coexistência de três setores da propriedade dos meios de produção no domínio agrícola (artigo 82).

Outro termo retirado do texto legal foi a transferência da "posse útil", para na atual redação conceder liberdade para a transferência a título de "posse ou propriedade", mudança que atende ao princípio constitucional do artigo 93, número 1, alínea 'b'. De toda sorte, essa transferência em caráter definitivo, carecerá de um período probatório capaz de atestar a efetividade e a racionalidade da exploração. Não obstante, caso a expropriação não alcance o fim a que se destinou ou não haja a entrega da terra aos beneficiários, exaustivamente, encontrados no texto constitucional, caberá o chamado direito de reversão em favor do primitivo proprietário.

Por derradeiro, como explanam Jorge Miranda e Rui Medeiros, em tratamento distinto do despendido no caso das nacionalizações, entre abril de 1974 e abril de 1976, não há qualquer cláusula que salvaguarde as ocupações de terras ilegais. Por isso, as expropriações efetuadas no período anterior à entrada em vigor da Constituição, não estão abrangidas pela primitiva cláusula de irreversibilidade das nacionalizações, tampouco pelo regime de privatizações de bens nacionalizados.

III. A jurisprudência do Tribunal Constitucional

A mudança do contexto histórico, pós 25 de abril, conferiu novos horizontes para o instituto legal em voga, os quais foram delineados pelas revisões e pela jurisprudência do Tribunal Constitucional. Ainda, à

luz dos comentários de Jorge Miranda e Rui Medeiros à Constituição de 1976 alguns julgados merecem atenção especial, pois tiveram o condão de alterar a intencionalidade da ideia de eliminação dos latifúndios no país.

Um dos mais significativos julgados é o Acórdão 225/95. A decisão menciona categoricamente que, a partir da revisão de 1989, a eliminação dos latifúndios deixa de ser considerada um limite material expresso da Constituição. Na mesma esteira é o que aduz o Acórdão 106/03, segundo o qual as funções do Estado não estão adstritas ao setor agrícola, sendo necessária uma leitura conciliadora de aspectos sociais e econômicos. Esse entendimento combinado com o preceito constitucional 165, número 1, alínea 'n', apresentam o instituto como uma norma autorizadora de legislação (MIRANDA; MEDEIROS, 2006, p. 162).

Revela ainda a decisão que antes a expropriação era suscetível de ser entendida como uma exigência constitucional de transferência progressiva da posse útil da terra. No entanto, ao conjugar o artigo 94, número 1 com o 93, o poder do legislador foi alargado, de modo que, ao equacionar os diversos objetivos da lei, possam surgir diferentes soluções. Nessa toada, é correta a afirmação de que o Acórdão 225/95 retirou da Constituição, como alcance imediato do princípio da eliminação do latifúndio, a conclusão de que não é permitido ao legislador vedar a expropriação dos latifúndios, tampouco distorcer a orientação geral da política agrícola, levando à reconstituição de uma situação anterior (MIRANDA; MEDEIROS, 2006, p. 162).

Outra problemática enfrentada pela jurisprudência refere-se ao silêncio da Carta Maior no que se refere a identificação do latifúndio. Sobre o tema, cumpre trazer à tona o Parecer da Comissão Constitucional, número 24/77. Já que a Constituição é silente quanto aos limites do latifúndio, inclusive, remete ao legislador parlamentar a fixação dos limites máximos e mínimos das unidades de exploração agrícola (artigo 165, 1, 'n'), salvo autorização do Governo ou das assembleias regionais, é pacífico o entendimento de que o conceito de latifúndio perpassa critérios técnicos e decisões políticas de competência do legislador ordinário. Essa compreensão é corroborada pelo Acórdão 225/95, o que consolida a adoção de um conceito aberto de latifúndio. A revisão de 1989, a seu turno, também se esquiva do fornecimento de dados para mensurar a propriedade de tamanho excessivo, mas relaciona a dimensão exagerada com os objetivos da política agrícola.

A revisão também se ocupou de positivar o direito de reserva o qual já havia sido citado pelo mesmo Parecer 24/77. Em consonância ao supracitado Acórdão do Tribunal Constitucional, 225/95, o direito de reserva goza da mesma qualificação do latifúndio, ou seja, é um conceito aberto, fornece amplo espaço para sua conformação desde que se trate de uma área suficiente para a viabilidade e racionalidade da exploração pelo proprietário expropriado[84].

Um último objeto de interesse do Parecer número 24/77 da Comissão Constitucional foi a designação de que não haveria mais limitação à expropriação de latifúndios, apenas de uma área específica, ou seja, extinguir-se-iam as zonas de intervenção de reforma agrária (ZIRA).

O Acórdão 225/95 debruça-se ainda sobre outras matérias, por exemplo: a ausência do termo "médios agricultores" do artigo 94, número 2. Solidifica, então, o entendimento de que como a finalidade para incluir os pequenos agricultores nesse texto é a mesma que se usaria para englobar os médios proprietários, qual seja a promoção da racionalização das estruturas fundiárias e o acesso à posse ou à propriedade da terra em benefício dos que nela trabalham, essa categoria (médios agricultores) não poderiam deixar de serem abarcados, sob pena de incorrer em quebra da unidade de sentido de sistema.

Nesse diapasão, infere-se, ainda, do julgado que o conceito de pequeno agricultor engloba o de médio, por conseguinte, a distinção entre ambos acaba por perder relevância jurídica constitucional.

Outra legitimação que se observa é a de uma certa preferência de determinadas categorias extraída do número 2 do artigo em análise atrelado aos ditames do artigo 97, número 1, sem que se revele qualquer infração ao princípio da igualdade. Dessa maneira, embora não exista qualquer

84 Sobre o assunto, faz-se alusão ao Acórdão 332/02, no qual o Tribunal Constitucional admitiu que a garantia constitucional da propriedade privada postulava o pagamento de uma justa indenização mesmo em relação às expropriações para fins de reforma agrária. Além disso, não se contestou que o direito fundamental da propriedade conduz ao reconhecimento do direito de reversão a favor dos proprietários expropriados, em certos casos. Com este escopo, o Tribunal optou pela superação constitucional da concepção tradicional de propriedade e das matérias que incumbiam ao Estado em matéria de política agrícola. Conclusivamente, independentemente dos problemas de aplicação da lei no tempo e do caso concreto, o direito fundamental da propriedade abarca o direito de reversão.(MIRANDA; MEDEIROS, 2006, p. 168)

imperativo legal nesse sentido, gozam de certa preferência os pequenos e médios agricultores em detrimento das cooperativas de trabalhadores rurais ou de pequenos agricultores e de outras formas de exploração coletiva.

Considerações Finais

Por todo o exposto, o artigo pretendeu ser uma explanação abreviada da questão agrária portuguesa, perpassando sua contextualização histórica, diplomas legais e julgados do Tribunal Constitucional.

De toda sorte, ainda restam muitas outras nuances a serem trazidas à tona para que, de fato, se possa delinear uma visão mais completa do assunto principalmente, no que diz respeito à intervenção da União Europeia neste setor.

Referências bibliográficas

CARVALHO, Lino de. **Reforma Agrária**: da utopia à realidade. Porto: Campo das Letras, 1ªed, 2004.

CORDEIRO, Antonio Menezes (2004). "**Da reforma e da natureza das reservas**". Revista O Direito, 5, 843-866.

ESTRELA, A. do Vale (1978)." **A reforma agrária portuguesa e os movimentos camponeses. Uma revisão crítica".** Análise Social, 54, 219-363. Disponível em:< http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1223988882X4iOS7hv6Eo23ZS2.pdf.> Acesso em 18 de ago de 2019.

FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Agrário**. São Paulo: Saraiva, 1994.

LOURENÇO, J. Silva (1977). Princípios da Reforma Agrária na Constituição de 1976. Revista Economia, 1, 121-153.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada.** Tomo II. Coimbra: Coimbra, 2006.

PINTO, Maria José Nogueira. **O Direito da Terra.** Lisboa: Publicações Europa-América, 1983.

PENHORA ELETRÔNICA COMO FORMA EXCEPCIONAL DE GARANTIA DE CRÉDITO NA EXECUÇÃO FISCAL

Maria Lenir Rodrigues Pinheiro
Reginaldo Guedes da Silva Filho

INTRODUÇÃO

O sistema jurídico sofre oscilações diante da sua adequação à nova realidade social e ainda diante do interesse de melhor tutelar interesses e bens pessoais, patrimoniais e coletivos.

Incoerências aparecem em face do dinamismo necessário, mas os quais encontram solução nas orientações da Hermenêutica, que permite que a interpretação seja não apenas para fortalecer o sistema, ratificando a unidade, mas também para dar coerência ou harmonia às diversas normas que aparentemente se opõem.

Um dos pontos do ordenamento que se reveste de aparente conflito é aquele disposto quanto ao momento distinto do uso da penhora eletrônica no Código de Processo Civil e no Código Tributário Nacional.

À vista da análise do art. 185-A do CTN, verifica-se a penhora eletrônica como forma excepcional de garantia de crédito na execução fiscal. Noutro giro, o art. 655-A do CPC/1973 trazia a indigitada garantia como forma ordinária para satisfazer o crédito em execução.

A disparidade dos dispositivos legais permite, a princípio, concluir pela ofensa ao princípio da isonomia às partes do processo, pois enquanto o exequente da execução dirigida pelo CPC/73 podia, o exequente da

execução fiscal não podia lançar mão de imediato da penhora eletrônica para garantir o crédito.

Contudo, a incoerência não advinha apenas do distinto momento que a lei oportunizava lançar mão da referida garantia, mas do próprio tratamento dispensado às partes, a considerar o regime jurídico ao qual o exequente se submetia.

A problemática sobre a possibilidade da penhora eletrônica na execução fiscal ser colocada como forma ordinária de garantia por força do art. 655-A do CPC/73 despertou na doutrina e na jurisprudência entendimentos diversos.

O objeto da presente pesquisa comportou essas divergências de modo a demonstrar a possibilidade da penhora eletrônica ser forma ordinária de garantia na execução fiscal, em razão do que dispõe o art. 185-A do CTN e nos arts. 829, 835 e 854 do NCPC, visto que diante da fragilidade do exequente em obter o crédito devido, ficaria afastada a aplicação da lei especial.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação o Método utilizado foi o Indutivo, na fase de Tratamento dos Dados, o Cartesiano e foram acionadas as técnicas da pesquisa bibliográfica e do fichamento.

1. A UNIDADE DO ORDENAMENTO JURÍDICO

Como assinala Noberto Bobbio (1999, p. 63), em sua obra "Teoria do Ordenamento Jurídico", as normas jurídicas não existem sozinhas, mas relacionam-se entre si num sistema, numa totalidade, num ordenamento.

O referido ordenamento, conquanto complexo, mostra-se como uma unidade. Neste ponto, o autor utiliza-se da teoria de Hans Kelsen, que atribui a unidade ao sistema à vista de um escalonamento de normas, numa espécie de hierarquia, em que existem normas inferiores, as quais dependerão de normas superiores, sucessivamente, até chegar à norma fundamental que "valida" todas elas, garantindo a unidade.

Vale esclarecer que a norma fundamental não seria expressa, mas um pressuposto para a criação do sistema normativo. Seria a norma jurídica que autoriza o poder constituinte a criar uma nova ordem constitucional, que serve como crivo de validade de todas as normas decorrentes.

De forma oportuna, frise-se o escólio de Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2019, p. 57), para quem reconhece-se que o texto da lei não é perfeito, restando a necessidade de resgatar a substância da lei e de encontrar os instrumentos capazes de permitir sua limitação e conformação aos princípios de justiça. "Ao se dizer que a lei encontra limite e contorno nos princípios constitucionais, admite-se que ela deixa de ter apenas uma legitimação formal, ficando amarrada substancialmente aos direitos positivados na Constituição".

Conforme defendem os autores, a tarefa do jurista deixa de ser a de simplesmente descrever a lei, cabe agora, em primeiro lugar, compreendê-la à luz dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais. Concluem:

> **Não há como negar, hoje, eficácia normativa ou a normatividade dos princípios de justiça.** [...] .
>
> **Tal tomada de consciência é muito importante para se concluir que tais princípios e direitos conferem uma dinâmica unidade e harmonia ao sistema**, não dando alternativa ao juiz e ao jurista senão colocar a lei na sua perspectiva. Vale dizer que as normas constitucionais são vinculantes da interpretação das leis. (MARINONI, ARENHART E MITIDIERO, 2019)
>
> (grifo nosso)

Tomando as linhas acima, percebe-se que o sistema necessariamente deve ser coerente, não sendo possível a admissão de normas incompatíveis. Neste traçado, critérios foram criados para dissipar as antinomias, que podem ser: total-total, quando há plena contradição; parcial-parcial, quando há uma parte apenas contraditória; e, total-parcial, quando uma norma é completamente contraditória a outra, mas esta é parcialmente contraditória àquela.

Leciona-se que a antinomia deve ser resolvida com a prevalência de uma norma sobre a outra, perfazendo-se pela aplicação de 03 (três) critérios: cronológico, hierárquico e da especialidade.

O cronológico indica que deve prevalecer a norma posterior, a mais atual; o hierárquico aponta que a superior deve se impor a inferior, até porque aquela pode promover a revogação desta; e por fim, o da espe-

cialidade que, diante de uma norma geral e uma especial sobre o mesmo objeto, deve sobressair esta última.

Revela-se que os critérios podem ser alijados de seu propósito, caso em que, conforme o autor, o intérprete agirá conforme o caso, eliminando uma ou as duas normas, ou ainda, compatibilizando-as.

Outrossim, os critérios podem entrar em conflito. Isso ocorre na possibilidade da aplicação de mais de um critério para a solução da antinomia. Em linhas sucintas, existem 3 (três) conflitos possíveis: i) entre o critério hierárquico e o cronológico, em que prevalece o primeiro; ii) entre o da especialidade e o cronológico, em que se sobressai o da especialidade; e, iii) entre o hierárquico e o da especialidade. Neste último.

Imperioso anotar que, como destaca o autor, a antinomia só existirá se as normas estiverem no mesmo ordenamento jurídico e no mesmo âmbito de validade. O primeiro requisito parece ser óbvio, mormente à luz do Direito Positivo. Especificamente quanto ao segundo requisito, o campo amplia-se à validade temporal, espacial, pessoal e material, a considerar o alcance da norma respeitante ao tempo, espaço, sujeito e objeto.

Atinente ao tema, Reale (2001, p. 4, 6) afirma que o Direito deve ser visto como um todo, "um conjunto de estudos discriminados; abrange um tronco com vários ramos; cada um desses ramos tem o nome de disciplina". Esclarece que as várias espécies de normas do mesmo gênero se correlacionam, constituindo campos distintos de interesse.

A validade da norma jurídica, a qual se divide em formal, social e ética, também se vincula a cada elemento de composição do Direito: norma, fato e valor, respectivamente. A validade formal ou vigência equivale à validade técnico-formal, a validade social ou eficácia se refere ao reconhecimento pela sociedade de algo que se incorpora ao seu comportamento e, por fim, a validade ética está relacionado ao valor visado pela norma jurídica.

Portanto, a norma jurídica, sob esse prisma, tem de atender a essas três validades para ser "perfeita": atender ao procedimento legislativo, guardar conteúdo relevantemente social e estar voltado à concreção do valor almejado.

Segundo Betioli (2018, p. 552) além da justiça como pilar-valor, o autor ressalta outros dois valores, a ordem e segurança, assinalando um possível conflito. Da assertiva, entrementes, leciona que, à vista de uma

desordem social, deve prevalecer a ordem e segurança, visto que sem elas não pode haver possibilidade de justiça. Isso, contudo, não retira a persecução da ordem jurídica equitativa para todos.

Insta notar que o Direito compreende um todo, de modo que não é coerente a concepção de disciplinas que, ainda que especiais, destoem-se sem qualquer critério razoável que promova a igualdade real.

2. EXECUÇÃO FISCAL À LUZ DA LEGISLAÇÃO VIGENTE.

A Lei n. 6830/80, em seu art. 1º, regulamenta de forma apartada a execução fiscal, de sorte que apenas subsidiariamente o Código de Processo Civil se aplicará.

Conforme Paulsen (2017, p. 185), "o art. 1º da LEF é claro no sentido da aplicação subsidiária do CPC. Tal é de extrema relevância porque a LEF não é absolutamente exaustiva em muitos aspectos, impondo-se que o aplicador busque no CPC o detalhamento dos procedimentos (...)". A referida Lei abrange todas as receitas da Fazenda Pública, sejam tributárias ou não. Então, qualquer valor cuja cobrança seja atribuída por lei à Fazenda Pública será considerado Dívida Ativa.

Certo é que a execução forçada depende do controle administrativo de legalidade do crédito tributário, que é feito por meio da inscrição a cargo do órgão competente para apurar a liquidez e a certeza.

O título, porém, não é a inscrição, mas a certidão extraída. Para isso, primeiro se procede ao lançamento, em seguida, após observância de processo regular, é realizada a inscrição em dívida ativa, do qual é possível a excussão patrimonial do contribuinte operada pela execução fiscal, nos exatos termos do art. 142 e 201 do Código Tributário Nacional – CTN.

Nas palavras de Sabbag (2018, p. 764)

> O lançamento, por sua vez, trazendo certeza e liquidez à relação jurídico-tributária, é o instrumento capaz de conferir ao Fisco a percepção do importe tributário a que tem direito, em face da ocorrência do fato gerador que o antecede. Com ele, o sujeito ativo fica habilitado a exercitar o ato de cobrança, quer administrativa, em um primeiro momento, quer judicial, caso aquela se mostre malsucedida.

Note-se que o sujeito passivo detém algo peculiar que o diferencia do executado em processo civil: o processo administrativo constitutivo do crédito tributário, por meio do qual ficam assegurados o contraditório e a ampla defesa, na forma do art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988.

Tal assertiva é ratificada pelo art. 145, do CTN, o qual destaca que o lançamento regularmente notificado pode ser alterado por impugnação do sujeito passivo. Assim sendo, está ao dispor do sujeito passivo toda uma estrutura que o permite discutir a existência do crédito tributário e sua exigibilidade de forma administrativa.

O processo administrativo precisa estar escorreito, inclusive com a intimação inicial do contribuinte, garantido o exercício do livre direito de defesa. Por isso, provando-se que o processo administrativo foi irregular, sobretudo a inscrição, que é a formalidade de constituição do débito, a ação proposta não terá cabimento, pois a dívida não será líquida e certa.

Neste cenário, enaltece-se a importância do Poder Judiciário para uma eventual revisão de uma decisão administrativa imparcial ou possivelmente arbitrária. Forma-se uma relação trilateral, na qual o Fisco está de um lado, o contribuinte do outro, e o juízo, indiferente ao interesse e ao mesmo tempo equidistante, em conformidade com o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988.

Noutro giro, tal qual o contribuinte demanda o judiciário para corrigir uma possível arbitrariedade, o Fisco também, nesse caminho, pode submeter, através do Judiciário, o contribuinte ao cumprimento da obrigação tributária de modo coativo.

Pois bem, o título conterá os requisitos constantes do art. 202 do CTN, como também bem como os do art. 2º, §5º, da Lei 6830/80.

> Art. 202. O termo de inscrição da dívida ativa, autenticado pela autoridade competente, indicará obrigatoriamente:
>
> I - o nome do devedor e, sendo caso, o dos co-responsáveis, bem como, sempre que possível, o domicílio ou a residência de um e de outros;
>
> II - a quantia devida e a maneira de calcular os juros de mora acrescidos;

> III – a origem e natureza do crédito, mencionada especificamente a disposição da lei em que seja fundado;
>
> IV – a data em que foi inscrita;
>
> V – sendo caso, o número do processo administrativo de que se originar o crédito.
>
> Parágrafo único. A certidão conterá, além dos requisitos deste artigo, a indicação do livro e da folha da inscrição.
>
> Art. 2º.
>
> [...]
>
> § 5º – O Termo de Inscrição de Dívida Ativa deverá conter:
>
> I – o nome do devedor, dos co-responsáveis e, sempre que conhecido, o domicílio ou residência de um e de outros;
>
> II – o valor originário da dívida, bem como o termo inicial e a forma de calcular os juros de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato;
>
> III – a origem, a natureza e o fundamento legal ou contratual da dívida;
>
> IV – a indicação, se for o caso, de estar a dívida sujeita à atualização monetária, bem como o respectivo fundamento legal e o termo inicial para o cálculo;
>
> V – a data e o número da inscrição, no Registro de Dívida Ativa; e
>
> VI – o número do processo administrativo ou do auto de infração, se neles estiver apurado o valor da dívida.

Conforme o art. 203 do CTN, o erro quanto aos requisitos formais ou ainda a omissão de um deles pode ocasionar a nulidade da inscrição e do processo de cobrança dela decorrente. É permitido, entretanto, a substituição do documento defeituoso no curso da execução, reabrindo-se ao devedor o prazo de defesa quanto à parte modificada.

Para o pagamento é concedido o prazo de 05 (cinco) dias. O executado pode pagar ou arrolar bens como garantia me se não o fizer, haverá a penhora de bens, alcançando todos os existentes, exceto os impenhoráveis.

Merece atenção ao fato de que a nomeação de bens à penhora, pelo Código de Processo Civil, é feita pelo credor e, excepcionalmente, pelo devedor. Aqui, a regra é a nomeação pelo devedor. A despeito disso, o bem preferencial à penhora, como se verá pela transcrição do art. 11 da LEF, é o dinheiro.

Respeitante à matéria, Paulsen (2017, p. 341) *cita* Furlan:

> Mantendo-se inerte a parte executada, aplica-se à execução fiscal o disposto nos parágrafos 3º e 4º do art. 652, no sentido de intimá-la a apresentar bens penhoráveis, sob pena de cometer ato atentatório à dignidade da Justiça (multa de 20%), como previsto no art. 600, IV, também incluído pela Lei nº 11.382/06. ... frustradas todas as hipóteses, deverá ainda o Juiz do processo de execução fiscal lançar mão do disposto no art. 185-A do Código Tributário Nacional, determinando a indisponibilidade dos bens da parte executada, até o montante da dívida.

Observa-se que se trata de verdadeiro imbróglio jurídico, posto que garantido o juízo ou penhorados os bens, o executado poderá oferecer embargos à execução no prazo de 30 dias, a contar do depósito, da fiança bancária, do seguro garantia, ou da intimação da penhora, alegando toda matéria útil, e ainda, requerendo produção de provas e arrolando até 3 (três) testemunhas.

A Fazenda será intimada para impugnar no prazo de 30 dias. Após, é designada audiência de instrução e julgamento, exceto se se tratar de matéria exclusivamente de direito ou de direito e fato que já esteja suficientemente elucidada, caso em que a sentença deverá ser proferida no prazo também de 30 dias.

Tal qual ocorre no Código de Processo Civil, não sendo apresentados os embargos, serão os bens expropriados, por adjudicação ou arrematação. Há ainda a possibilidade de apresentação de exceção de pré-executividade.

3. LEGITIMIDADE DO PROCEDIMENTO E CONTROVÉRSIA DO SISTEMA JURÍDICO

A unidade do ordenamento jurídico não paira apenas sobre o direito material, mas também sobre o procedimento, sobre a legitimidade do próprio procedimento.

Como ensinam Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2019, p. 521), "não há dúvida de que a jurisdição, para poder se desincumbir do seu dever de prestar tutela aos direitos, deve dar ao titular de uma posição jurídica carente de tutela jurisdicional o procedimento que seja idôneo à sua obtenção". Para isto, importante a existência de procedimentos diferenciados, aptos a permitir a efetiva tutela jurisdicional dos direitos, de maneira que os procedimentos irão se diferenciar na exata medida das situações substanciais carentes de tutela, revelando procedimentos diferenciados.

A par dessas linhas, observa-se a divergência que surge do art. 185-A do Código Tributário em confronto com as disposições narradas no Código de Processo Civil, respeitante à penhora *on line*, pois demonstra tratamento distinto a executados, um na esfera especial fiscal, outro na esfera comum.

De maneira pertinente, esclarece Gonçalves (2017, p. 112) que o texto da lei é examinado em si, do ponto de vista linguístico. O intérprete examinará cada palavra, o seu suporte linguístico e o seu sentido semântico, procurando extrair do conjunto o significado do enunciado da norma.

Destarte, a indisponibilidade aqui abordada não guarda nenhuma relação com a penhora *on line*, ao contrário, mostra-se como requisito a ser preenchido para autorizar a indisponibilidade prevista.

Tal assentamento nasce do julgado do REsp nº. 1.377.507/SP. *Ipsis litteris*:

> RECURSO ESPECIAL Nº 1.377.507 - SP (2013/0118318-6)
>
> RELATOR: MINISTRO OG FERNANDES
>
> RECORRENTE: FAZENDA NACIONAL
>
> ADVOGADO: PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
>
> RECORRIDO: ACEMIL ELETRICIDADE LTDA E OUTRO
>
> ADVOGADOS: JOSÉ PEREIRA DO NASCIMENTO PAULO SERGIO DO NASCIMENTO E OUTRO (S)
>
> EMENTA
>
> TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC E RESO-

LUÇÃO STJ N. 8/2008. EXECUÇÃO FISCAL. ART. 185-A DO CTN. INDISPONIBILIDADE DE BENS E DIREITOS DO DEVEDOR. ANÁLISE RAZOÁVEL DO ESGOTAMENTO DE DILIGÊNCIAS PARA LOCALIZAÇÃO DE BENS DO DEVEDOR. NECESSIDADE.

1. Para efeitos de aplicação do disposto no art. 543-C do CPC, e levando em consideração o entendimento consolidado por esta Corte Superior de Justiça,firma-se compreensão no sentido de que a indisponibilidade de bens e direitos autorizada pelo art. 185-A do CTN depende da observância dos seguintes requisitos: (i) citação do devedor tributário; (ii) inexistência de pagamento ou apresentação de bens à penhora no prazo legal; e (iii) a não localização de bens penhoráveis após esgotamento das diligências realizadas pela Fazenda, caracterizado quando houver nos autos (a) pedido de acionamento do BacenJud e consequente determinação pelo magistrado e (b) a expedição de ofícios aos registros públicos do domicílio do executado e ao Departamento Nacional ou Estadual de Trânsito - DENATRAN ou DETRAN.

2. O bloqueio universal de bens e de direitos previsto no art. 185-A do CTN não se confunde com a penhora de dinheiro aplicado em instituições financeiras, por meio do Sistema BacenJud, disciplinada no art. 655-A do CPC.

3. As disposições do art. 185-A do CTN abrangerão todo e qualquer bem ou direito do devedor, observado como limite o valor do crédito tributário, e dependerão do preenchimento dos seguintes requisitos: (i) citação do executado; (ii) inexistência de pagamento ou de oferecimento de bens à penhora no prazo legal; e, por fim, (iii) não forem encontrados bens penhoráveis.

[...]

9. Recurso especial a que se dá provimento para anular o acórdão impugnado, no sentido de que outro seja proferido em seu lugar, observando as orientações delineadas na presente decisão.

ACÓRDÃO

> Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator [...] Brasília, 26 de novembro de 2014 (Data do Julgamento).

Posto isto, insta destacar que a controvérsia estaria resolvida. O imbróglio deixaria de existir, uma vez que, ao realizar a distinção entre penhora eletrônico e a indisponibilidade trazida pelo artigo, não haveria de se discutir sobre a inobservância do processo interpretativo, o qual, no presente caso, ressaltaria o critério da especialidade, representado pela Lei n. 6.830/80 c/c o CTN.

Destarte, a afirmação de que o Código de Processo Civil estaria "intervindo" inapropriadamente na lei especial não subsistiria.Não se está a atender somente a literalidade do texto da Lei, mas, ao mesmo tempo, extrai-se o sentido e o alcance por meio da jurisprudência, e ainda, salientando-se, como dito acima, a harmonia do sistema jurídico.

E ainda, as antinomias entre o art. 739-A do CPC e a Lei de Execuções Fiscais, e entre os art. 185-A do CTN e o art. 655-A do CPC, são aparentes, e podem e devem ser solucionadas pelo critério da especialidade, pois as assimetrias entre a situação da Fazenda Pública e dos contribuintes justificam o tratamento desigual.

Importante apontar que as duas hipóteses se baseiam na aplicação do critério da especialidade. A primeira considera o critério, mas utiliza-se de uma vertente interpretativa distinguida, separando os institutos indisponibilidade e penhora eletrônica. A segunda corrente, a seu turno, ao utilizar o critério, faze-o com uma abordagem completamente contrária, interpretando a indisponibilidade como penhora eletrônica, sugerindo com isso que o seu uso só é permitido por lei, após a integração de todos os requisitos discriminados.

Portanto, a diferença entre as duas correntes se baseia quase que exclusivamente quanto ao método interpretativo. Desse modo, a integração do sistema jurídico, ou melhor, sua unidade, não estaria comprometida pois o critério da especialidade estaria sendo aplicado.

Aliás, resta a assertiva comprovada em face da crítica da segunda corrente, que sublinha a interferência equivocada da teoria do diálogo das fontes em detrimento da aplicação do critério da especialidade.

Como outrora observado, o critério susomencionado é utilizado para promover a harmonia do ordenamento jurídico, a sua unidade. Eis que, por vezes, o sistema apresenta mais de uma forma de tratamento, mas isto não quer dizer que exista uma faculdade de aplicação. Na verdade, não é discricionário, mas vinculado.

Depreende-se que este critério se mostra apto a conformar o sistema e, numa análise mais detida, obtém-se que este encontra seu substrato no princípio da igualdade. "Princípio geral de todo o ordenamento jurídico e pedra angular do regime democrático, a igualdade recebeu da Constituição especial e robusta proteção, sendo várias as manifestações do poder originário sobre o tema [..]."(MASSON, 2015).

Conforme Masson (2015, p. 229) o referido princípio inicialmente foi contemplado apenas quanto ao aspecto formal, assegurando um tratamento igualitário a todos perante a lei. Contudo, iniciou-se um processo de questionamento, fazendo surgir a perspectiva material, que considera as desigualdades reais existentes na vida fática, permitindo que situações desiguais fossem destinatárias de soluções diferentes.

É sob esse enfoque sobre o qual paira o critério da especialidade. Deve-se compreender que a lei especial existe e se aplica a situações materialmente desiguais. A justificativa para o tratamento diferente reside na própria desigualdade, e no escopo de alcançar o equilíbrio ou a verdadeira paridade. Assim, em que pese estar amplamente aceita a ideia de que a igualdade formal é relativa e convive com a eventual imposição de tratamentos distintos, nem toda diferenciação será aceita.

Neste sentir, a diferenciação deve refletir a situação excepcional, ao tempo que delimita um critério razoável, proporcional e racional. Ensina Masson (2015, p. 231),

> Um caminho para solucionar esta dificuldade é reconhecer a necessidade de a diferenciação receber justificação razoável, racional e proporcional. A motivação da ação afirmativa será razoável quando estiver amparada por um motivo coerente e plausível que fundamente a distinção; será racional quando for objetiva e suficiente ao delimitar o segmento social atingido; proporcional quando reajustar com equilíbrio as situações desiguais.

Conquanto o objeto acima tenha cunho material, isso não importa sua inaplicabilidade ao estudo processual realizado, visto que a igualdade não se limita no campo material, mas, ao contrário, deve ser observada de igual modo no processo, seja concreto ou abstrato.

Diante do narrado, faz-se mister verificar a presença do critério razoável, proporcional e racional, que sustenta a corrente que diverge na aplicação da penhora eletrônica de imediato no plano da execução fiscal.

Dessas margens, deve-se visualizar o sistema processual comum e o sistema processual fiscal, delineando-se suas diferenças, para, ao final, constatar o subsídio do tratamento diferenciado.

Como cediço, o título executivo extrajudicial forma-se pela participação volitiva do devedor, conforme se observa do art. 784, do Novo Código de Processo Civil. A única exceção se dá pela certidão da dívida ativa, a qual está vinculada, não à vontade do sujeito passivo, mas, em regra, à realização de fato gerador por ele. A sua elaboração decorre exclusivamente do Estado, por meio de lançamento, após observância de processo administrativo regular, e a respectiva inscrição (art. 142 c/c art. 201, ambos do Código Tributário Nacional).

Percebe-se que os títulos executivos extrajudiciais já se revestem de certeza, liquidez e exigibilidade, e uma vez formados, e constatado o inadimplemento, pode-se proceder à execução por meio de processo autônomo judicial. A ressalva novamente está voltada à certidão da dívida ativa. Esta, para sua formação, depende da instauração de processo administrativo, em que será oportunizada a defesa e ampla defesa ao sujeito passivo, na forma do art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988.

Interessante anotar do que dispõe o futuro executado na esfera fiscal: obrigatoriamente lhe apresentado um processo administrativo, em que será possível discutir a existência do crédito tributário, seja pelo lançamento, seja pela notificação do auto de infração. Passada essa fase administrativa, persistindo o entendimento sobre o crédito, opera-se a fase judicial, logo depois da constituição da indigitada certidão.

Respeitante à impugnação. Há de se assinalar que a regra no sistema de execução comum é a do não efeito suspensivo dos embargos, ainda que garantido o juízo, enquanto no de execução fiscal, uma vez garantido o juízo, há a suspensão. Ainda, no primeiro, é válida a oposição de embargos

independentemente da garantia, ao contrário do segundo, em que esta se mostra como condição à oposição.

Em que pese a circunstância diferenciada, nada obsta, à vista de matéria pública a ser conhecida *ex officio* pelo juízo, a oposição de exceção de pré-executividade, independente de penhora, em qualquer dos dois sistemas referidos.

Em ato contínuo, quanto às medidas de constrição patrimonial, cumpre informar que, guardadas as medidas específicas, as mesmas regras de impenhorabilidade são aplicadas, para respeitar, sobretudo, a dignidade do executado. A ordem de nomeação de bens à penhora é peculiar em cada sistema.

A ressalva mais importante se reserva ao bem de família, que, embora se revista desta condição, não se 'livra' de ser penhorado em face do tributo que lhe é inerente. Tal desfecho também ocorre quando o próprio bem a ser adquirido, ainda que venha ser de família, é posto como garantia no financiamento imobiliário.

Por conseguinte, parece que a fase administrativa é devidamente 'substituída' sem qualquer prejuízo ao executado, não persistindo mais o fundamento para o tratamento singular, mormente pela regra da impenhorabilidade que se mantém firme, em respeito ao princípio da dignidade humana.

Pelo escólio de Vianna (2011, s.p)), o uso dos métodos e critérios jurídicos próprios para sanar as contradições nem sempre propicia um resultado voltado à integridade do sistema; pode criar um sentimento de que algo está errado; "de que não se traduziu aquilo que o senso comum ou mesmo o senso crítico, vigentes em determinado tempo e local, reputam como corretos, apropriados, razoáveis, viáveis ou justos". E complementa, afirmando que a técnica pode até traduzir uma resposta juridicamente correta, mas que contraria as diretrizes do sistema, os fundamentos constitucionais, representando um retrocesso.

É neste cenário que deve emergir a orientação do intérprete e aplicador do Direito em busca da decisão correta ou, ao menos, da constitucionalmente adequada, a partir da identificação do bem jurídico, de sua essência ainda mais na busca pela efetividade do princípio da duração razoável do processo.

CONCLUSÃO

De tudo tratado, a observação principal envolve se o ordenamento jurídico, particularmente, a respeito do que foi abordado no presente, está ou não desequilibrado, em desarmonia, se está desrespeitando a paridade das partes processuais, ou promovendo-a.

Não se pode olvidar, quando da análise, que desde as modificações do Código de Processo Civil de 1973, procura-se melhor consecutar o princípio da duração razoável do processo, que firma-se pela prestação da tutela satisfativa, num procedimento "enxuto" - mas não em detrimento do contraditório e ampla defesa.

Bem, a resposta dependerá da visão exegética adotada, que, substancialmente, baseia-se ou não na identificação da assimetria das partes processuais, conforme suscitado acima.

A atual visão adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, dita para efeitos didáticos como primeira corrente, é a de que é possível a penhora *on line* de imediato, após o devedor tributário, devidamente citado, não pagar nem apresentar bens à penhora.

Aplica-se, sem qualquer margem à dubiedade, o Código Tributário Nacional. A indisponibilidade se direciona à preservação do patrimônio, quando comprovado que as tentativas de constrição de bens não se mostraram exitosas, em outras palavras, quando se verifica que não há bens para penhorar. O norte todo se guia pela proteção à tutela satisfativa.

Aqui, a assimetria entre as partes, não se revela preponderante, ou, se de certa forma evidenciada, pendente em benefício da Fazenda Pública com a indisponibilidade dos bens do executado. Numa outra direção, a segunda corrente interpreta o dispositivo do CTN apontando que a indisponibilidade é em si a penhora *on line* e, desse modo, não pode ser procedida até que o exequente comprove que exariu as vias extrajudiciais dos bens do executado.

Neste ensejo, repisa-se, o debate não repousaria mais sobre a possibilidade ou não de penhora eletrônica, mas sim sobre o fim do efeito suspensivo automático dos embargos de execução fiscal, este sim, comprovadamente prejudicial ao executado, ao contribuinte, pela ausência de contracautela, e pela morosidade na recomposição patrimonial num eventual dano processual. Aqui, ficam demonstradas a assimetria entre

as partes, e a necessidade de tratamento desigual. Não seria razoável permitir a aplicação da Teoria do Diálogo das Fontes, devendo prevalecer o critério da especialidade, porque não se estaria observando o valor maior da justiça.

REFERÊNCIAS

BETIOLI, Antonio Bento. Introdução Ao Direito. 15ª ed., São Paulo, Saraiva, 2018.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10ª edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil,** de 5 de outubro de 1988. Brasília: DF, 1988

BRASIL. **LEI Nº 5.172, DE 25 DE OUTUBRO DE 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios**.** Brasília: DF, 1966.

BRASIL. **LEI Nº 6.830, DE 22 DE SETEMBRO DE 1980.** Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências**.** Brasília: DF, 1980.

BRASIL. **LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. Dispõe sobre o** Código de Processo Civil. Brasília: DF, 2015

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito Processual Civil Esquematizado.** São Paulo: Saraiva, 2017

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 3ª ed. rev. amp. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil.** v. 3. , 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

PAULSEN, LEANDRO. Constituição e Código Tributário Comentados à Luz da Doutrina e da Jurisprudência. 18ª ed., São Paulo, Saraiva, 2017

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 25ª ed. 22ª tiragem, São Paulo, Saraiva, 2001.

SABBAG, Eduardo. Manual De Direito Tributário. 10ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2018.

VIANNA, José Ricardo Alvarez. **A teoria do diálogo das fontes**. Revista Jus Navigandi. INSS 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 2755, 16 jan 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/1879>.Acesso em: 02 de ago 2019.

ARTIGOS
DIREITO E RELAÇÕES INTERNACIONAIS

DÉFICIT DEMOCRÁTICO EUROPEU: UMA ANÁLISE DAS ELEIÇÕES DE 2019 A PARTIR DO EUROBARÔMETRO

Yago Teodoro Aiub Calixto

INTRODUÇÃO

O objetivo maior desse trabalho é estudar o déficit democrático europeu a partir de uma análise das eleições europeias de maio de 2019, tendo como principal fonte de informação o eurobarômetro.

Dessa forma, primeiro é lógico que seja estudado o déficit democrático europeu em sua essência, inclusive quanto a sua real existência e impactos sociais. Sempre verificando não só a atividade eleitoral nos países de maior visibilidade mundial, mas nos vinte e oito Estados como um todo, até para que a unicidade do bloco econômico seja testada.

O eurobarômetro é um instrumento de pesquisa de campo criado em 2007, pelo Parlamento Europeu, com a finalidade de verificar as ânsias da população dentro da União Europeia, mas também atua de forma nacional ou regional, sempre servindo como uma ferramenta para a expressão social frente as decisões governamentais. Afim, um governo democrático nada mais deve ser do que a externalização das necessidades de seus governados.

Superada a questão do déficit democrático europeu, é lógico que se verifique o perfil do eleitorado europeu, bem como as características que esse corpo social ostenta atualmente, sempre interpretando, de forma teleológica, as causas e efeitos.

As eleições europeias de 2019 trouxeram uma particularidade muito interessante, que é a alta presença de jovens eleitores, sendo que parte significativa dessa classe já nasceu sobre a égide da União Europeia, não tendo a oportunidade de conviver em uma época onde a integração era muito mais modesta. Outra particularidade é o impacto do Brexit, e de rumores separatistas, que afetam a unicidade do bloco econômico.

Em ordem de conclusão, é vista a alta abstenção eleitoral, que em maio de 2019, chegou próxima a 50% do eleitorado. Assim, é interessante se analisar como que um direito, que foi amplamente reivindicado durante as eras, é renegado de tal forma.

Por tal questão, são demonstradas as principais causas do afastamento dos eleitores da atividade democrática. Primeiro se deve entender que não há como haver um processo integracionista sem que haja determinado distanciamento e generalização das políticas, ou seja, um ente supranacional discute bases gerais normativas e não questões de ordem local, que são as que mais impactam os cidadãos, gerando assim um sentimento de distanciamento, e , muitas vezes, até de esquecimento.

Outra questão primordial é a alegação de que os países exercem pesos diferentes dentro da União Europeia, sendo que a integração, ao invés de criar um sistema de cooperação mútua acaba por se tornar mais uma forma de dominação. Esse caso é ilustrativamente demonstrado se for comparada toda a atenção que a União Europeia deu ao *Brexit* frente à crise econômica grega, quando ao invés de oferecer suporte, a União Europeia sugeriu que a Grécia deixasse a zona do euro. Questiona-se o fato de que se fosse a Alemanha, por exemplo, em situação de crise financeira, a União Europeia teria agido de forma diferente?

Por fim, mas não menos importante, é explanada a questão da competência dos eurodeputados. Os políticos eleitos acabam por serem dependentes da atuação do Conselho da União Europeia, bem como da Comissão da União Europeia, afinal dependem desses órgãos para aprovação legislativa e para mudanças significativas nas diretrizes do bloco econômico. Assim, a população começa a descreditar o processo eleitoral, afinal independentemente de quem seja eleito, suas capacidades são tolhidas e de pouca eficácia prática.

1. DÉFICIT DEMOCRÁTICO EUROPEU

É absolutamente necessário que seja verificado a existência de um real déficit democrático na União Europeia, para que a partir dessa confirmação se possa tecer considerações sobre as recentes eleições de 2019.

Para esse fim, é salutar que seja definido o que é déficit democrático. Essa pesquisa define déficit democrático como a participação prejudicada dos cidadãos nos processos eleitorais representativos, seja pelo formato do sistema ou pelo descrédito que a atividade política enfrenta, e pela ausência de acompanhamento dos trabalhos realizados pelos eleitos, a partir dos eleitores.

Nesse viés, o Prof. Dr. Daniel Campos de Carvalho é brilhante em ensinar que:

> Para tanto, vamos nos valer aqui de uma tradicional formulação sobre o conceito de déficit democrático, a qual sistematiza de forma original vários argumentos já apresentados por nós anteriormente. Esta acepção dicotomiza o déficit democrático em duas frentes. Na primeira delas, chamada de déficit democrático horizontal ou formal, aflora como central discussão a questão do desequilíbrio da relação institucional entre o Conselho da União Europeia, a Comissão Europeia e o Parlamento Europeu. Nesta leitura, o desarranjo organizacional causado por um Executivo bicameral sem freios parlamentares e o desacordo sobre a interpretação dos tratados no tocante às competências recíprocas (CUNHA, 2004, p.99) respondem pelos principais desafios da União Europeia. A segunda espécie a que nos referimos, a do déficit democrático vertical ou material, enfoca a relação do arcabouço de instituições comunitárias com a base social. (CARVALHO, 2012, pg 158).

Dessa forma é possível afirmar que existe um crescente déficit democrático na atual União Europeia, uma vez que a participação cidadã tem sido enfraquecida, tendo altos números de abstenção, por exemplo.

Para comprovar o acima descrito, será utilizada pesquisa do eurobarômetro sobre as eleições europeias de 2019. O eurobarômetro é um instrumento de pesquisa de campo fomentado pelo Parlamento Europeu, com a finalidade de ouvir a comunidade europeia através de seus anseios.

Criado em 2007, pelo Parlamento Europeu, o eurobarômetro atua desde pesquisas locais, em países membros, até em âmbito continental, como é o caso das pesquisas eleitorais de 2019.

As eleições de 2019 tiveram a maior abstenção dos últimos 20 (vinte) anos, segundo a referida pesquisa intitulada "*The 2019 election. A pro-European – and Young – electorate with clear expectations: First results of the European Parliament post-electoral survey*."

Acontece que 49,4% dos eleitores não compareceram nas eleições europeias de 2019, ou seja, quase metade de todos os eleitores renegaram sua prerrogativa cidadã. Foi a maior abstenção desde 1994, quando 56,7% dos eleitores não votaram, mas o número de abstenções vinha caindo até que em 2019 voltou a subir.

A Bélgica lidera os países com maior presença nas eleições, afinal 88% de seus eleitores exerceram sua função cidadã. Ressalta-se que a Bélgica, bem como Luxemburgo e Malta, que são os três países com maior proporção de eleitores ativos, tiveram uma queda de 2% desde as eleições europeias de 2014.

Na outra extremidade, se tem a Eslováquia em que apenas 23% dos eleitores votaram. Nossa pátria mãe, Portugal, teve baixa participação, sendo que apenas 31% do eleitorado português compareceram às urnas.

Contudo, um bloco econômico tão desenvolvido e importante em termos geopolíticos não pode ostentar uma participação democrática tão baixa. É claro que há um déficit democrático, altamente prejudicial para o Velho Continente.

2. O PERFIL DO ELEITORADO EUROPEU

Os eleitores europeus exercem sua atividade cívica de cinco em cinco anos, buscando o melhor para o bloco econômico. As eleições de 2019 foram marcadas por um fato interessante: grande parte dos eleitores estava abaixo dos trinta anos de idade, de forma que tal parcela não carrega os estigmas e críticas dos eleitores mais velhos.

De acordo com o eurobarômetro, as eleições de 2019 foram as que tiveram a maior mobilização de jovens eleitores da história.

Em descompasso com o déficit democrático, 68% dos eleitores acreditam que fazer parte da União Europeia é benéfica para seus respectivos países.

As principais pautas para os eleitores são crescimento econômico e proteção ao clima e ao meio ambiente, demonstrando um senso social aguçado, que é necessário para a perpetuação de qualquer entidade social, inclusive um bloco econômico.

Apesar de ainda ocupar a maioria das cadeiras, a coalizão centro-direita presenciou o crescimento de partidos menores, como os liberais e os ambientalistas.

> Na Alemanha, país que detém o maior número de cadeiras no Parlamento Europeu, 96, "Die Grünen" ("Os Verdes", em português), se tornaram a segunda maior força partidária. Com 21% dos votos, e uma base eleitoral majoritariamente jovem, o partido agora está atrás dos conservadores do CDU, o partido de Angela Merkel, e à frente dos socialdemocratas do SPD.
>
> O bom desempenho dos verdes, que são cerca de 30 partidos reunidos em nível europeu sob a bandeira de proteção climática e justiça social, reverberou por toda Europa. Na Finlândia e na França, também ficaram em segundo na preferência do eleitorado, enquanto em Portugal, o partido verde conquistou seu primeiro assento no Parlamento Europeu. Na Irlanda e Holanda, os resultados também foram positivos. (RUIC, 2019, s.p.)

O contudo, mesmo diante da atual derrocada, os partidos de centro-direita e centro-esquerda, ainda são maioria no Parlamento Europeu, contando com maior poder de coalizão e de barganha de capital político.

A extrema direita chegou fortalecida para as últimas eleições, afinal o continente americano experimenta uma ascensão dessa ideologia política, com um apelo nacionalista e políticas anti-imigratórias. Porém, apesar de terem números expressivos de eleitos, sucumbiram perante o crescimento dos partidos menores. Outra ideologia que se esperava ostentar grandes resultados era os eurocéticos, que criticam a atuação da União Europeia, mas acabaram por não corresponder as expectativas das prévias eleitorais.

É possível que os responsáveis por essa mudança sejam os jovens eleitores, trazendo uma nova visão política, inclusive sobre a União Europeia, afinal sempre viveram sobre a égide do bloco econômico.

A questão primordial que as eleições de 2019 refletirá é sobre a força de unicidade do bloco, uma vez que, enfraquecida pelo movimento do *Brexit* e a turbulência econômica, os fantasmas de movimentos separatistas rondam Bruxelas[85].

3. ALTA ABSTENÇÃO E SEUS MOTIVOS

O direito ao voto igualitário foi, e ainda é, uma das grandes lutas sociais, desde a antiguidade até os dias atuais. O direito de escolher por quem ser governado é intrínseco ao desenvolvimento humano e pilastra do desenvolvimento democrático.

O renomado professor italiano Arnaldo Miglino traz à baila:

> Nestes versos há o orgulho dos atenienses em se sentir uma nação de cidadãos livres e iguais perante a lei (isonomia) sem patrões e privilégios com base em distinções fortuna, de família ou de condições sociais. Isonomia, torna-se sinônimo de *Demokratie*, porque é uma ferramenta contra a arbitrariedade e prevaricação: como diz Teseu ao arauto de Creonte, "Quando existem leis escritas, os pobres têm os mesmos direitos que os ricos e ao fraco é possível, se alguém lhe insulta, caso tenha razão, o pequeno pode ganhar do grande"[86].
>
> Liberdade e igualdade são realizadas quando todos os cidadãos podem participar ativamente os assuntos públicos e no mesmo plano. (MIGLINO, 2016, p.55).

Mas como a União Europeia, mais desenvolvido bloco econômico do globo, faz com que seus cidadãos reneguem um direito tão importante? A resposta é complexa, e envolve desde as políticas supranacionais como a própria competência dos eurodeputados.

Indubitavelmente, não se pode criar um ente integrador sem se perder particularidades locais[87], ou seja, a União Europeia não irá discutir

85 Bruxelas é a capital da União Europeia.

86 Cfr. Eurípedes (1959, p. 152)

87 Apenas ressalta-se que trata-se de uma constatação, e não uma crítica aos processos

políticas públicas de um pequeno vilarejo no interior de Portugal, por exemplo, mas sim as diretrizes econômicas do bloco. Essa generalização, necessária em qualquer processo integrativo, pode funcionar como uma causa de afastamento político, afinal os eleitores sentem que apenas seu governo atende suas necessidades.

Para a parcela da população que se afasta da política, é muita mais fácil entender a causalidade de uma política orçamentária que diminui a sua conta de luz, por exemplo, do que associar os acordos econômicos feitos pela União Europeia e os benefícios trazidos para economia de seu país.

Outra crítica é que a União Europeia age de forma diferente com cada país, de forma que países com maiores economias teriam maior peso frente ao demais, independente de qual seja a situação enfrentada. Tal situação ficou exposta no caso *Brexit*, por exemplo, já que a mobilização europeia foi imensa, e quando a Grécia, em 2004, enfrentou uma de suas piores crises econômicas, a União Europeia mobilizou-se para que economia grega fosse retirada da zona do euro, preocupando-se com os impactos econômicos para os grandes *players* e deixando uma de suas nações em queda livre.

Outro fator que influencia essa grande crise social, é a própria competência dos eurodeputados, afinal de acordo com as determinações da União Europeia, os representantes legislativos eleitos têm pouca força prática nas mudanças necessárias.

A título de exemplo, se vê que a competência legislativa é dividida entre o Parlamento e o Conselho da União Europeia, contudo questões incisivas no bloco econômico são legisladas pelo Conselho, e o Parlamento só atua como instancia consultiva.

> O Parlamento e o Conselho da União Europeia dividem equitativamente o poder legislativo da comunidade. Ou seja, o Parlamento tem a competência de deliberar e adotar leis, diretrizes e regulamentações. Ele pode aceitar, modificar ou rejeitar o teor das leis europeias propostas pelo Conselho ou pela Comissão Europeia.
>
> Ele pode, por exemplo, legislar sobre o livre trânsito de trabalhadores, sobre educação, políticas de mercado e proteção ambiental.

integrativos.

> Em alguns assuntos específicos, o Parlamento atua somente como consultor: questões judiciais, política externa, impostos, política industrial e agricultura. No entanto, os países membros não são obrigados a acatar a opinião do Parlamento. (DW, 2009, s.p.)

O mesmo entendimento serve para a questão da política orçamentaria, visto que os gastos são divididos em duas classes: os obrigatórios e não obrigatórios. No tocante aos obrigatórios, a palavra final será do Conselho da União Europeia, de forma que quanto aos gastos não obrigatórios, o Parlamento atua juntamente com o Conselho.

Ainda há a Comissão da União Europeia que é a responsável por apresentar a legislação para que o Parlamento e o Conselho a aceitem. Uma crítica à Comissão é que é composta por 28 representantes (um de cada país), escolhidos pelos Chefes de Estado.

A falta de poder legislativo prático e a interdependência, e muitas vezes até submissão, ao Conselho e a Comissão da União Europeia, faz com que os eleitores não atribuam verdadeira importância as eleições europeias, pois é criada uma falácia de que independentemente de que seja eleito, sua atuação é tolhida e de pouca efetividade prática.

A própria estrutura organizacional-legislativa da União Europeia fomenta o déficit democrático, na medida em que os diretamente eleitos tem suas competências mitigadas, enquanto a Comissão da União Europeia, que é escolhida pelos Chefes de Estados, tem atuação muito mais ampla e incisiva na elaboração de leis, por exemplo.

É de bom grado ressaltar que uma democracia sólida deve ser materializada por uma verdadeira convergência da vontade do eleitorado com a atuação dos eleitos. Um sistema representativo que não possibilita essa equação é propenso a sofrer o descrédito populacional, gerando abstenção política.

O problema se torna cíclico e é agravado por crises econômicas, afinal a disponibilidade orçamentaria estatal é fundamental para as políticas e garantias sociais, sendo que quando a população sofre com mazelas é esperado que culpem o "sistema", afinal os "escolhidos" poucos puderam fazer para defender os interesses de seus eleitores.

Democracia, o governo do povo, de acordo com sua etimologia grega. Mas como é possível que qualquer sistema representativo se perpetue

quando a sua base, que é a representatividade, é afetada pela estrutura organizacional?

Segundo André Barbieri Souza, ao refletir sobre o déficit democrático na União Europeia:

> O déficit democrático é evidente quando não se possibilita ao cidadão refletir sobre determinada questão, independentemente do grau de relevância dessa, o que agrava ainda mais o atual quadro, uma vez que muitos dos debates travados no Conselho da União Européia são de interesses profundos dos Estados-membros.
>
> A população além de não ter a chance de debater a proposta em tela, recebe e tem que cumprir os resultados, assim como as conseqüências advindas daquela, quer sejam positivas ou negativas. A ausência da participação popular produz um ambiente e um sentimento de descrença, insatisfação e pouco – quando não a ausência – de comprometimento para a implementação e o cumprimento das decisões emanadas pelo Conselho da UE. O vazio existente entre a possibilidade de uma situação materializar-se até a efetiva decisão prejudica todo o processo de integração comunitária. (SOUZA, 2007, pg. 6)

É necessário que haja uma remodelação do sistema legislativo europeu, com maior atribuição de competências para os eurodeputados, ou o descrédito atribuído as eleições europeias faram com que o sistema integrativo imploda, afinal apenas as eleições nacionais deveriam ter importância, inclusive porque são os Chefes de Estados que nomeiam a Comissão da União Europeia. O Conselho, por sua vez, que é a instancia máxima de decisões, é composto pelos ministros nacionais, afastando a representatividade direta mais uma vez.

CONCLUSÃO

Conforme ficou demonstrado, o déficit democrático europeu é um fenômeno sócio-político real e atual na União Europeia, na medida em que a atividade democrática dos cidadãos vem sendo renegada por diversos fatores. Nas recentes eleições de 2019, quase metade da população não compareceu as urnas.

Ressalta-se que, apesar desse incrível número de abstenções, há países que demonstram uma ampla conscientização democrática, como a Bélgica, em que 88% dos eleitorado foi assíduo, mas também existem países que praticamente "renunciam" ao seu direito de voto, como é o caso de Portugal, em que apenas 31% dos eleitores concretizaram o sufrágio europeu.

Inevitavelmente, foi necessário estudar o perfil do eleitorado europeu, afinal impossível estudar um processo democrático sem analisar os aspectos sociais que emergem das necessidades populacionais. Fato marcante foi que as eleições de 2019 tiveram a maior mobilização entre os jovens da história, o que trouxe uma nova visão, afinal a maioria desses jovens eleitores sempre viveram sobre a égide do bloco econômico, não experimentando a vivência fora da organização.

Em divergência com o déficit democrático, quase 70% dos eleitores acreditam que fazer parte da União Europeia é positivo para seus países, sugerindo que o grande déficit democrático não é fruto de pensamentos separatistas, mas sim de características internas da organização.

Outro fator que merece ser ressaltado é a ascensão dos pequenos partidos, que quebraram, em certa proporção, a hegemonia dos tradicionais partidos de centro-direita (apesar de ainda ocuparem a maioria dos assentos do Parlamento).

Por fim, foram vistas as principais causas da alta abstenção eleitoral, que vem maculando a União Europeia nas últimas décadas, entre as quais podemos destacar o inevitável distanciamento que uma organização supra estatal traz, a importância diferente dada a cada país e a pouca competência prática que é atribuída aos eurodeputados. É inerente que para a perpetuação do bloco econômico, alcançando um nível de integração ainda maior, é necessária uma reformulação na estrutura organizacional da União Europeia.

REFERÊNCIAS

CARVALHO, Daniel Campos de. **Déficit Democrático na União Europeia**. Orientador: Dr. Alberto do Amaral Júnior. 2012. 220 p. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito - USP, São Paulo, 2012.

DW. **Saiba quais poderes tem o Parlamento Europeu**. [*S. l.*], 31 jul. 2009. Revisão: Simone Lopes. Disponível em: https://www.dw.com/pt-br/saiba-quais-poderes-tem-o-parlamento-europeu/a-4305770-0. Acesso em: 31 jul. 2019.

ESTADÃO (Redação). **Eleições Europeias**: como funcionam e por que importam. [*S. l.*], 21 maio 2019. Disponível em: https://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,eleicoes-europeias-como-funcionam-e-por-que-importam,70002837795. Acesso em: 31 jul. 2019.

GLOBO.COM (G1). **Partidos tradicionais perdem força no Parlamento Europeu; nacionalistas, liberais e verdes despontam**: Tradicional coalizão de centro-direita continuará com o maior número de cadeiras, mas viu ascensão dos chamados partidos 'eurocéticos', críticos à atuação da União Europeia.. [*S. l.*], 26 maio 2019. Disponível em: https://g1.globo.com/mundo/noticia/2019/05/26/projecoes-indicam-fragmentacao-partidaria-no-parlamento-europeu.ghtml. Acesso em: 31 jul. 2019.

KOSCHYK, Maximiliane. **A influência do eleitorado jovem nas eleições europeias**: Jovens que votam pela primeira vez podem ser fundamentais para mudanças no cenário político europeu no longo prazo. Desconhecendo uma vida sem a UE, eles veem o bloco de forma bem diferente que os pais ou avós.. [*S. l.*], 25 maio 2019. DW. Made for minds. Disponível em: https://www.dw.com/pt-br/a-influ%C3%AAncia-do-eleitorado-jovem-nas-elei%C3%A7%C3%B5es-europeias/a-48868005-0. Acesso em: 31 jul. 2019.

MIGLINO, Arnaldo. **As cores da democracia**. Tradução: Fauzi Hassan Choukr. 2. ed. Florianópolis: Empório do direito, 2016. 156 p. ISBN 978-85-68972-46-5.

PARLAMENTO EUROPEU (União Europeia). **Eleições Europeias 2019**: maior taxa de participação dos últimos 20 anos. [*S. l.*], 27 maio 2019. Assuntos da UE. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/news/pt/headlines/eu-affairs/20190523STO52402/eleicoes-europeias-2019-maior-taxa-de-participacao-dos-ultimos-20-anos. Acesso em: 31 jul. 2019.

RUIC, Gabriela. **Eleições europeias: onda verde ofusca o avanço nacionalista e eurocético**: Enquanto a União Europeia temia uma maior presença nacionalista e eurocética no Parlamento, os verdes se consolidaram como a grande força nas eleições 2019. [*S. l.*], 28 maio 2019. Exame (mundo). Disponível em: https://exame.abril.com.br/mundo/eleicoes-europeias-onda-verde-ofusca-o-avanco-nacionalista-e-eurocetico/. Acesso em: 31 jul. 2019.

SOUZA, A. B. **A União Européia e o déficit democrático: um estudo a partir de Jürgen Habermas.** Belo Horizonte: Publica Direito, 2007. XVI Congresso Nacional do CONPEDI.

UNIÃO EUROPEIA. **Comissão Europeia**. [*S. l.*], 29 abr. 2019. Disponível em: https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies/european-commission_pt. Acesso em: 31 jul. 2019.

MEIOS DE PAGAMENTO USUAIS NO COMÉRCIO INTERNACIONAL E A SEGURANÇA DAS PARTES ENVOLVIDAS

Thaís Cíntia Cárnio

INTRODUÇÃO

O mercado cambial no Brasil é controlado pelo Banco Central do Brasil, e todas as instituições financeiras autorizadas a operar na carteira de câmbio devem fazer a defesa incondicional e intransigente das divisas do País.

Assim sendo, a entrada e saída de moeda no território nacional devem ser realizadas mediante a celebração de um contrato de câmbio, que pode amparar operações relacionadas com atividades mercantis (importação e exportação), ou operações financeiras.

Formalizado o contrato de câmbio, há várias modalidades de pagamento utilizadas no comércio internacional. Cada uma delas apresenta diferentes peculiaridades e graus de segurança para as partes envolvidas. A seguir, serão examinadas as principais delas.

1.1 Remessas

Juridicamente, a remessa antecipada ou pagamento antecipado pressupõe a existência de uma relação mercantil subjacente. Assim, o importador remete antecipadamente o valor total ou parcial da transação

ao exportador, que, posteriormente, providencia o envio da mercadoria adquirida.

Nesse caso, o importador incorre no risco de não receber a mercadoria, ou recebê-la fora das especificações da transação, em que pese já tê-la pago. Embora tal modalidade não seja muito frequente dadas as desvantagens trazidas ao importador, é utilizada nos casos sem que meios financeiros tenham que ser fornecidos ao exportador para a produção da mercadoria negociada. É o caso, por exemplo, de máquinas confeccionadas sob medida para as necessidades do importador, não havendo liquidez do produto em virtude de sua especificidade.

A remessa também poderá ser realizada sem saque. Na linguagem bancária, a palavra "saque" é utilizada com sinônimo de letra de câmbio. Nesse mesmo sentido, encontram-se denominações como "*draft*" ou "cambial".

Nessa hipótese, o importador recebe diretamente do exportador os documentos de embarque, sem a respectiva letra de câmbio, estando apto a proceder ao desembaraço da mercadoria na alfândega. Posteriormente, verificado o enquadramento da mercadoria desembaraçada com o pedido, providencia a remessa de pagamento ao exterior.

Da mesma forma que a remessa antecipada, esta modalidade não é muito utilizada em razão dos riscos incorridos por uma das partes (aqui, pelo exportador). Costuma ocorrer nos casos de negociações comerciais entre empresas do mesmo grupo ou subsidiárias de empresas estrangeiras.

Havendo laços de fidedignidade entre as partes contratantes, esse tipo de pagamento traz algumas vantagens, como a celeridade com que a documentação para desembaraço de mercadoria é recebida pelo importador, vez que não há trânsito bancário. Tal vantagem é especialmente interessante quando se trata de produtos perecíveis, ou no caso de são adquiridas peças fundamentais à continuidade do funcionamento das linhas de produção do importador. Outro ponto positivo é a diferença das tarifas cobradas pelas instituições financeiras, se comparadas àquelas pagas, por exemplo, em cobranças ou em créditos documentários, que serão examinadas a seguir.

1.2 Cobrança

As cobranças internacionais seguem regulamentação elaborada pela Câmara de Comércio Internacional, com sede em Paris, especificamente,

as *Uniform Rules for Collection* (Regras Uniformes para Cobranças). (CÁRNIO, 2009)

A mais recente revisão dessas regras data de 1º de janeiro de 1996, dando origem à Publicação nº 522, razão pela qual tais regras são comumente referidas como URC 522.

As partes intervenientes na cobrança são as seguintes: (i) o cedente ou *principal*: trata-se da parte que confia o processamento de uma cobrança a um instituição financeira; (ii) o banco remetente ou *remitting bank*: instituição financeira encarregada pelo cedente de proceder à cobrança; (iii) o banco cobrador ou *collecting bank*: qualquer instituição financeira, que não o banco remetente, envolvida no processamento da cobrança; (iv) o banco apresentador ou *presenting bank*: o banco que fará a apresentação dos documentos a serem pagos ao sacado (na maioria das vezes, o banco cobrador também o banco apresentador); (v) o sacado ou *drawee*: aquele a quem a apresentação do documento de cobrança deve ser feita, de acordo com as instrução do banco remetente.

Apresentados os participantes da cobrança, passa-se a examinar cada uma de suas modalidades. (RATTI, 2001).

O primeiro tipo é a cobrança à vista. Após a expedição da mercadoria objeto da relação mercantil subjacente, o cedente (exportador) entrega ao banco remetente os documentos de embarque, juntamente com uma letra de câmbio (saque) contra o sacado (neste caso, o importador).

O banco remetente envia os documentos e uma carta-cobrança ao banco cobrador, na praça do sacado. O banco cobrador, por sua vez, registra o saque e os documentos enviados por seu correspondente, em conformidade com suas instruções, e avisa o sacado para que este liquide os valores devidos.

Cabe salientar que o saque recebido pelo importador subordina-se às mesmas normas de cobrança de títulos emitidos em seu país, no que se refere a sua apresentação, ao aceite ou protesto.

Efetuado o competente pagamento, o banco cobrador entrega ao importador os documentos necessários ao desembaraço alfandegário da mercadoria e transfere o pagamento em moeda estrangeira para o exterior.

Esta modalidade de cobrança é denominada "cobrança documentária", vez que existe um jogo completo de documentos (tais como conhecimento de embarque, fatura, apólice de seguro e afins), que serão

entregues ao importador contra o competente pagamento pela mercadoria adquirida.

A Publicação URC 522 define que cobrança documentária é: (a) a cobrança com documentos financeiros acompanhados de documentos comerciais; ou (b) a cobrança de documentos comerciais desacompanhados de documentos financeiros.

Conforme o tipo mercadoria negociada (se perecível, ou caso o importador tenha necessidade urgente de recebê-la), é possível que o exportador remeta o jogo de documentos diretamente ao importador, enviando ao banco remetente apenas o saque com vencimento à vista. É a chamada "cobrança limpa" *(clean collection)* ou "saque limpo" *(clean draft)*.

A cobrança à vista conjuga a celeridade da remessa sem saque com a garantia de cobrança do sacado, face à existência de letra de câmbio.

Por sua vez, na cobrança a prazo, o jogo de documentos é acompanhado de um saque com vencimento futuro, também tratado como "saque a prazo". Assim, o banco remetente instrui o banco cobrador a entregar o os documentos necessários ao desembaraço da mercadoria contra o aceite do sacado na letra de câmbio.

Nessa modalidade, o exportador está financiando o importador, que poderá valer-se da mercadoria assim que desembaraçá-la, mas efetuará o pagamento apenas no vencimento do saque.

O vencimento do saque pode ser estabelecido de três formas: "a tantos dias da vista" (D/V), "a tantos dias da data" (D/D), ou "a tantos dias do embarque da mercadoria". Na primeira hipótese, o prazo de vencimento do saque passa a ser considerado da data em que este foi aceito, enquanto na segunda hipótese, o termo inicial é contado da data de emissão do título, independentemente de quando ocorra o aceite. É mais seguro e, portanto, mais usual, que o vencimento do saque seja estipulado "a dias de data", desestimulando o importador a procrastinar seu comparecimento junto ao banco cobrador para apor seu aceite no título. Finalmente, caso o saque vença "a tantos dias do embarque da mercadoria", será considerado termo inicial a data constante do respectivo conhecimento de embarque.

O desconto dos saques em cobranças a prazo é muito frequente no comércio internacional, objetivando prover o exportador com recursos imediatos, a despeito do vencimento futuro do título. O desconto pode ocorrer com direito de regresso (*with recourse*) ou sem direito de regresso

(without recourse). No primeiro caso, o exportador será responsável pelo inadimplemento, pelo importador, do título descontado; enquanto no segundo caso, o exportador estará livre de qualquer responsabilidade.

Da mesma forma que cobrança à vista, a cobrança a prazo poderá ser documentária ou limpa, em função da entrega ou não do jogo de documentos concomitantemente à aposição do aceite no saque.

1.2.1 Riscos inerentes à cobrança

A cobrança a prazo não oferece qualquer garantia de recebimento ao exportador. Diante do inadimplemento do importador, restará ao exportador adotar as medidas legais de cobrança, tentando receber o que lhe é de direito.

A cobrança à vista, por sua vez, não é modalidade hábil à salvaguarda dos interesses do exportador. Embora os documentos que permitirão a retirada da mercadoria adquirida pelo importador somente lhe sejam entregues quando do pagamento efetivo dos valores devidos, o sacado pode se negar a pagar o exportador.

Nessa hipótese, restará ao exportador duas alternativas (nenhuma das duas confortáveis): ou determinar o retorno da mercadoria, incorrendo em despesas de seguro, frete, e afins; ou ter que vendê-la a outro comprador, o que não se afigura viável, ainda que ofereça descontos substanciais.

Por essas razões, a maioria dos exportadores opta pela utilização de créditos documentários, objeto de análise do próximo item.

1.3 Crédito Documentário

Alguns historiadores defendem que os créditos documentários remontam ao século XII, lastreando as operações mercantis realizadas pelos fenícios, gregos e assírios. (OLIVEIRA, 2001).

Hodiernamente, verifica-se que o crédito documentário, tal qual conhecemos, surgiu no início do século passado, mas precisamente à época da Primeira Grande Guerra Mundial, período no qual se fez necessária a busca por mecanismos que diminuíssem os riscos político-econômicos das operações internacionais.

1.3.1 Conceito

O crédito documentário é todo o acordo mediante o qual será realizado um pagamento com o desembolso de recursos condicionado à apresentação de certos documentos, previamente definidos no seu próprio texto. Trata-se de uma modalidade de pagamento bastante usual, vez que oferece maiores garantias para ambas as partes da relação mercantil subjacente (RIZZARDO, 2003).

O conceito, a abertura, utilização e liquidação do crédito documentário estão estabelecidos nos termos e condições constantes das Regras de Usos Uniformes sobre Créditos Documentários, aprovadas pela Câmara de Comércio Internacional em 1º de janeiro de 1994 (Publicação nº 500). Caso o emissor do crédito documentário seja uma instituição financeira americana, aplicar-se-ão as regras estabelecidas na "*International Standby Practices – ISP98*", aprovadas pela Câmara de Comércio Internacional em 1998, ou pelo *Uniform Commecial Code* americano. (ICC, 2019).

O tipo mais emblemático de crédito documentário é a carta de crédito. Nessa modalidade, é emitido um documento pelo qual o banco emitente, por instruções de seu cliente, compromete-se a efetuar um pagamento ao beneficiário do saque, ou à sua ordem, ou deve pagar ou aceitar saques emitidos pelo beneficiário contra a entrega de documentos estipulados para desembaraço da mercadoria, desde que os termos e condições do crédito sejam cumpridos (MELLO, 1985).

O banco emitente poderá avençar com outra instituição financeira o pagamento ou o aceite do saque, também chamado de banco confirmador.

1.3.2 Partes Intervenientes

As partes intervenientes no crédito documentário são as seguintes: (i) o tomador do crédito ou *applicant*: o importador; (ii) o beneficiário ou *beneficiary*: o exportador; (iii) o banco instituidor, emitente ou *issuing bank*: instituição financeira que age a pedido do importador no processo de abertura de crédito, sendo responsável pela operação (suas responsabilidades estão previstas no artigo 9º da Publicação nº 500); (iv) o banco avisador ou *advising bank*: banqueiro da praça do exportador, que transmite a abertura do crédito sem responsabilidade de sua parte, conforme disposto

no artigo 7º da Publicação nº 500; (v) o banco negociador ou *negotiating bank:* o banco que efetuará pagamento ao exportador, sendo responsável pela solicitação e análise de toda a documentação exigida nos termos e condições da carta de crédito, pagando-a ao beneficiário, caso não seja encontrada qualquer discrepância nos mesmos*;* (vi) o banco confirmador ou *confirming bank*: o banco costumeiramente de primeira linha, localizado na praça do beneficiário do crédito documentários, que assume o compromisso de pagar ao beneficiário, caso sejam apresentados todos os documentos constantes dos termos da carta de crédito, sem discrepâncias. O banco confirmador conforta o beneficiário, na medida em que o banco emitente da carta de crédito, ou seu país de origem, pode não ser de total confiança do beneficiário.

1.3.3 Peculiaridades

O importador providencia a abertura de uma carta de crédito no exterior, por intermédio de um banco de sua localidade. Tal crédito pode ser transmitido diretamente ao beneficiário pelo banco emitente, mediante comunicação dos principais pontos da carta de crédito ("pré-aviso"), ou através de seu banco correspondente no exterior. (OLIVEIRA, 2001).

Na carta, são estabelecidos os termos e condições em que a operação deve ser concretizada, incluindo, mas não se limitando às seguintes informações: valor do crédito, qualificação do beneficiário, documentação exigida (conhecimento de embarque, faturas, apólices de seguro, certificado, etc.), prazo de validade para embarque da mercadoria e negociação do crédito, porto de embarque e destino, quantidade, embalagem, permissão ou não de embarques parciais, dentre outras.

Após embarque da mercadoria, o exportador providenciará a entrega da documentação competente ao banco designado para exame.

Não havendo discrepâncias, o beneficiário utilizará o crédito de maneira determinada pelos termos da carta de crédito, ou seja, por pagamento à vista, por aceite, por pagamento diferido, ou por negociação, conforme segue: (i) por pagamento à vista: o beneficiário recebe o pagamento imediatamente após a apresentação da documentação, sem discrepância, ao banco negociador; (ii) por aceite: o beneficiário apresenta a documentação juntamente com um saque a prazo emitido o banco determinado na

carta de crédito, assim, o banco sacado aceita o saque e o devolve ao beneficiário, que poderá descontá-lo ou aguardar o seu vencimento; (iii) por pagamento diferido: são apresentados os documentos pelo beneficiário, mas o pagamento somente será efetuado após o interregno especificado no crédito documentário; (iv) por negociação: o banco negociador atribui valor ao saque apresentado pelo beneficiário. Existem duas modalidades: caso a carta de crédito seja restrita, a negociação somente poderá ser realizada pelo banco indicado em seu texto; se for não restrita, poderá ser negociada em qualquer banco, à escolha do beneficiário.

Uma vez utilizada a carta de crédito, a documentação é examinada e remetida pelo banco designado ao banco emitente. Este a entrega ao importador e é reembolsado pelo importador.

Caso o valor do embarque seja inferior ao valor do crédito constante da carta de crédito, esta diferença deverá ser cancelada. O beneficiário autoriza o banco negociador a comunicar o banco instituidor. Em decorrência disso, o importador receberá de volta o saldo de crédito que foi cancelado.

Também é possível a existência de excessos de crédito, ou seja, o valor constante da carta de crédito é insuficiente para a cobertura do pagamento total devido pelo importador ao exportador. Se o crédito foi aberto com a expressão "aproximadamente" (*about*), admite-se uma diferença de 10% (dez por cento) do valor para mais ou para menos.

Caso o texto não mencione a expressão acima, ou a diferença apresentada seja superior a 10% (dez por cento), o banqueiro deverá pleitear o aumento do crédito. Se não houver tempo hábil para a retificação do valor da carta, o excesso de crédito será liquidado sob a forma de cobrança ou de remessa sem saque.

O banqueiro negociador é responsável pelo exame dos documentos apresentador pelo exportador. Se houver discrepâncias entre esta documentação e as condições da carta de crédito, e tais diferenças não possam ser resolvidas de imediato, o banco instituidor deverá ser consultado sobre a autorização ou não de pagamento.

Na hipótese de o banco instituidor não concordar, os documentos deverão ser encaminhados sob a forma de cobrança documentária.

Os créditos podem ser abertos de várias formas conforme segue: (i) crédito revogável ou irrevogável: o crédito revogável não constitui um

vínculo jurídico entre o banco e o beneficiário, podendo ser revogado ou modificado a qualquer momento, por esse motivo, é pouco utilizado. Já o crédito irrevogável somente poderá ser cancelado ou alterado mediante prévia anuência de todas as partes; (ii) crédito transferível ou intransferível: no crédito transferível, o banco é autorizado a pagar o total ou parte do valor da carta a um ou vários outros beneficiários. Se o crédito for intransferível, o beneficiário original não poderá ser alterado. Cabe salientar que o crédito deverá estar expressamente identificado como "transferível"; (iii) crédito confirmado ou não confirmado: no crédito confirmado, o banco avisador, ou um terceiro, expressamente dá garantia adicional de pagamento da carta de crédito. Caso o crédito seja confirmado, este deverá ser pago pelo banco confirmador ainda que o banco instituidor esteja impedido de remeter os fundos.

Muito usual no comércio internacional, a *red clause* permite ao beneficiário o recebimento antecipado do valor total ou parcial do crédito. Posteriormente, quando o exportador entregar os documentos de embarque, o valor residual será pago. Geralmente, a *red clause* é instituída quando há muita confiança ente o importador e o exportador.

1.4 Cartas de Crédito Especiais

Devido à complexidade das relações comerciais internacionais e à globalização econômica, cada vez mais se tornam necessárias modalidades de cartas de crédito com propósitos específicos, conforme examinaremos a seguir.

1.4.1 Carta de Crédito Rotativa

A carta de crédito rotativa, ou *revolving letter of credit*, é utilizada nos casos em que um importador adquira continuamente certo tipo de mercadoria de um mesmo fornecedor. O banco instituidor emite uma carta de crédito que um valor fixo disponível para cada período de tempo definido, eliminando-se a necessidade de emissão de várias cartas de crédito, específicas para cada transação.

Esta modalidade de carta de crédito pode apresentar as seguintes variações: (i) carta de crédito cumulativa ou não-cumulativa: no crédito

cumulativo, se um valor disponível para um dado período não for utilizado, poderá ser direcionado para o período subsequente. Já na modalidade não-cumulativa, os valores não utilizados serão automaticamente cancelados; (ii) carta de crédito de com restabelecimento automático e sem restabelecimentos automático: na primeira hipótese, os valores pagos tornam-se novamente disponíveis, automaticamente, até que o total dos pagamentos a serem liquidados pelo importador atinja o total da carta de crédito. Na segunda hipótese, a parcela paga ao exportador somente será novamente disponibilizada ao importador mediante recebimento prévio de aviso do banco instituidor nesse sentido.

1.4.2 Créditos *Back-to-Back*

Os créditos *back-to-back* constituem, na realidade, um tipo de operação envolvendo duas cartas de crédito. Nessa operação, o exportador beneficiário de uma carta de crédito, solicita a um banco de sua localidade a abertura de outra carta de crédito em favor de seu fornecedor.

Como garantia da operação de instituição de carta de crédito ao seu fornecedor, apresenta a carta de crédito emitida a seu favor pelo importador. Uma vez efetuada a exportação, o banco instituidor da garantia doméstica paga ao exportador a diferença entre as duas cartas de crédito, já deduzidas as respectivas comissões.

1.4.3 *Bid Letter of Credit*

A *Bid Letter of Credit*, *Tender Guarantee* ou *Bid Bond*[88] é uma carta de garantia emitida pela instituição financeira a pedido de seu cliente com a finalidade de habilitá-lo a participar de uma concorrência pública no exterior.

Tal garantia objetiva assegurar ao poder licitante que a proposta do cliente é firme, ou seja, que este firmará contrato com o poder licitante, caso seja vencedor do processo concorrencial.

---

88 "Garantia geralmente emitida por instituição financeira com o objetivo e demonstrar que determinada oferta em processo licitatório ou concorrencial é firme. Caso a proposta seja adjudicada e o ofertante se recuse a cumpri-la, a instituição financeira pagará ao beneficiário determinada quantia para indenizá-lo." (CÁRNIO, 2010).

Esse tipo de garantia costuma ser solicitada em decorrência das licitações serem onerosas para quem as patrocina e para quem delas participa. A desistência de um participante adjudicado gera prejuízos para todos os envolvidos, devendo recomeçar todo o processo concorrencial. É uma maneira de compensar os organizadores do processo pelo trabalho que tiveram de publicar editais, examinar documentos, selecionar propostas, contratar especialistas, etc.

Se a proposta for aceita e o contrato assinado, ou se a proposta não for aceita, a carta de crédito será automaticamente cancelada. O valor das *Bid Bonds* costuma ser estabelecido entre 1 e 5% (um e cinco por cento) do valor do contrato constante do edital.

1.4.4 *Performance Letter of Credit*

A *Performance Letter of Credit* ou *Performance Bond*[89] é uma carta de garantia emitida pela instituição financeira a pedido de seu cliente, vitorioso em um processo concorrencial.

De acordo com os termos desta garantia, a instituição indenizará o beneficiário caso o cliente não cumpra as obrigações estabelecidas no contrato firmado com o beneficiário, ou seja, não somente o cliente deverá executar os serviços avençados como deverá fazê-lo na forma contratualmente estabelecida. Objetiva-se, com isso, trazer o necessário conforto à parte contratante, que, muitas vezes, não tem histórico comercial com a contratada.

A Câmara Internacional de Comércio regulamentou a *Perfomance Bond* na Publicação nº 325, que estipula a possibilidade de que esse tipo de garantia seja fracionada garantindo, isoladamente, cada uma das etapas ou prestações de obrigações estabelecidas no contrato celebrado entre o cliente solicitante da garantia e o seu beneficiário. (ICC, 2019).

Na prática, contudo, os beneficiários solicitam a emissão de um documento que garanta integralmente a execução do objeto contratual, podendo ser diminuído o valor indenizatório proporcionalmente à prestação das obrigações.

---

89 "Garantia geralmente emitida por instituições financeiras que assumem o ônus de pagar determinado valor à outra parte contratual no caso de descumprimento de compromisso assumido pelo garantido. A solicitação de *perfomance bond* costuma ocorrer caso as partes contratantes não tenham relacionamento comercial frequente e longevo." (CÁRNIO, 2010).

Costumeiramente, as partes acordam uma determinada data para vencimento da *Performace Bond* ou o cumprimento do objeto contratual: o que ocorrer depois. O valor das *Performace Bonds* costuma ser estabelecido entre 5 e 15% (cinco e quinze por cento) do valor do contrato celebrado entre o cliente solicitante e o beneficiário. Caso o solicitante seja oriundo de um país cujo risco de solvabilidade e distúrbios civis ou militares seja muito alto, ou cuja política eterna seja impregnada de excessivo dirigismo econômico, esse percentual pode ser aumentado para até 30% (trinta por cento).

1.4.5 *Refundment Letter of Credit*

Também conhecida como *refundment bond, repayment guarantee,* ou *advance payment guarantee,* a *Refundment Letter of Credit* é uma garantia de reembolso ou de restituição de pagamento.

Esta garantia é utilizada quando do fornecimento de equipamentos de grande porte ou grandes obras de engenharia, nos quais é costumeira a exigência de uma antecipação de pagamento. A *Refundment Bond* garante ao contratante a devolução dos valores antecipados, na hipótese do fornecedor do equipamento ou prestador de serviço inadimplir com suas obrigações contratuais.

Observação importante: a *Bid Bond, a Performance Bond e a Refundment Bond* seguem a regulamentação da Câmara de Comércio Internacional, Publicação nº 325.

1.4.6 *Standby Letter of Credit*

Criada para viabilizar negócios e operações estruturadas internacionais, a *Standby Letter of Credit* é muito utilizada por bancos norte-americanos, que são legalmente proibidos de emitir cartas de garantia. Trata-se de uma garantia versátil, internacionalmente aceita, sendo que até mesmo a *Bid Bond,* a *Perfomance Bond* e a *Refundment Bond* podem ser emitidas no formato de *Standby*.

A *Standby Letter of Credit* é uma garantia emitida de banco a banco, e indica que seu tomador possui crédito, permitindo ao beneficiário, na data de vencimento da obrigação, exercer seu direito de recebimento. O

banqueiro recebedor da carta de crédito está autorizado a debitar a conta corrente do banqueiro emissor da *Standby*, caso o tomador não efetue o pagamento devido na data aprazada.

O banqueiro emissor, por sua vez, reembolsar-se-á debitando os valores despendidos ao honrar a *Standby* da conta do cliente solicitante. Caso tal conta não apresente fundos suficientes à satisfação do emissor, este poderá executar o cliente devedor ou converter a operação em empréstimo.

A abertura, utilização e liquidação da *Standby Letter of Credit* devem ser processadas de acordo com as *International Standby Practices – ISP98*, aprovadas pela Câmara de Comércio Internacional em 1998.

CONCLUSÃO

Contemporaneamente, podemos observar a intensificação das relações econômicas no cenário internacional. Rompem-se fronteiras, cruzam-se continentes, os limites outrora tão definidos nas relações comerciais tornaram-se tênues. Trata-se de um dos vários efeitos da globalização que impactam fortemente o Direito Internacional e as relações jurídicas privadas inseridas neste cenário.

Diante desse panorama a das perspectivas de interação ainda maior entre indivíduos de diferentes nacionalidades, sob a égide de diferentes ordenamentos jurídicos, organismos internacionais, blocos econômicos e afins, interessa analisar mecanismos que proporcionem a maior segurança e homogeneidade aos negócios jurídicos.

A evolução das modalidades de transferência de moeda para o exterior e o aperfeiçoamento dos pagamentos utilizados no comércio internacional, principalmente quando envolvem instituições financeiras, proporcionam cada vez mais segurança aos participantes das operações internacionais, sendo úteis, inclusive, para que sejam evitadas a evasão de divisas e circulação de capitais contaminados ou com origem em negócios escusos.

BIBLIOGRAFIA

CÁRNIO, Thaís Cíntia. **Contratos internacionais - teoria e prática.** São Paulo: Atlas, 2009.

CÁRNIO, Thaís Cíntia. **Dicionário jurídico de termos contratuais (inglês-português).** São Paulo: Atlas, 2010.

ICC. **International Chamber of Commerce.** Disponível em: http://www.iccbrasil.org/ . Último acesso em 30 Jul 2019.

MELLO, Fábio de. **Manual de crédito documentário: teoria e prática.** São Paulo: Aduaneiras, 1990.

OLIVEIRA, Hilário de. **Direito e negócios internacionais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RATTI, Bruno. **Comércio internacional e câmbio.** 10ª ed., São Paulo: Aduaneiras, 2001.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos de crédito bancário.** São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2003.

POR UM PLANO NOS MOLDES DO MARSHALL PARA O HAITI

Simone Alvarez Lima

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo apresentar uma ideia não tão difundida no mundo acadêmico mas que já foi objeto de discussão: a elaboração de um Plano nos moldes do Plano Marshall em benefício do Haiti.

O Haiti é um dos países mais pobres do mundo e que exporta milhares de pessoas para os demais países, as quais desejam fugir da miséria que assola ao país. Muitos países, apesar do Direito Internacional destacar os valores humanitários, têm uma política restritiva em matéria migratória, logo, um plano em benefício do Haiti poderia fazer com que os haitianos encontrassem dignidade dentro do próprio país.

Neste artigo, será destacado que muitos países contribuíram para a miséria haitiana, não podendo o país ser culpado pelo caos que se tornou e o primeiro item destaca como França, Estados Unidos e alguns países latinos adquiriram dívidas morais com a ex-colônia francesa.

A partir do segundo item, o enfoque é sobre as características de como seria um Plano Marhall para o Haiti, mencionando as etapas a serem desenvolvidas, o que os países deveriam fazer e o que se pode esperar de resultado. Ao final, será mostrado o porquê que os países deveriam adotar este plano, uma vez que doações não têm possibilitado um futuro mais esperançoso para o país.

1. Dívidas de outros países com o Haiti

Apesar de toda a dificuldade, o Haiti nunca teve uma atuação tímida dentro da sociedade internacional, pois auxiliou escravos oriundos de outros países, quando serviu de refúgio àqueles que quiseram fugir da escravidão e aos que buscaram a independência em outros países latinos e foi essencial no ganho de terras e na independência norte-americana. Em contrapartida, o Haiti nem sempre recebeu a gratidão merecida. Sandel explica como os malefícios causados a um país podem gerar dívidas morais:

> As obrigações de solidariedade apontam em duas direções, de dentro para fora e de fora para dentro. Posso ter para com meus companheiros algumas responsabilidades especais relativas às comunidades às quais pertenço. Mas posso ter outras tantas para com aqueles com os quais minha comunidade tem uma história de dívida moral, como a relação dos alemães com os judeus ou dos brancos americanos com os negros. Desculpas e indenizações coletivas por injustiças históricas são bons exemplos de como a solidariedade pode criar responsabilidades morais para com comunidades além das nossas. Reparar os erros do passado de nosso país é uma forma de afirmar a nossa lealdade a ele. (SANDEL, 2017, p. 287)

Os haitianos auxiliaram os Estados Unidos na luta pela independência. Entre setembro e outubro de 1779, negros haitianos libertos combateram nos Estados Unidos, sob mando dos generais franceses, e derrubaram a fortaleza inglesa em Savannah, Geórgia. Graças ao Haiti, Louisiana e Texas são, hoje, territórios norte-americanos, pois Napoleão e Carlos IV, Rei da Espanha, por meio do Tratado de San Idelfonso, negociaram que tais territórios passariam para Napoleão, mas a rebelião negra impediu que isso acontecesse. Do contrário, o Império francês se estenderia até a Louisiana e o território não passaria ao domínio norte-americano.

O Haiti sempre mostrou empatia pelos seus semelhantes, ou seja, por aqueles que padeciam em outros locais, tais como escravos. Fischer (2003, p. 26) menciona o Decreto de 1.818 no qual Dessalines se engajou em uma luta contra a escravidão: "Considerando que há um grande número

de negros nativos e pessoas de cor que estão sofrendo nos Estados Unidos uma falta de dignidade e pretendem retornar, declaro que será enviado à América $40 por cada indivíduo se eles retornarem ao país de origem."

O Haiti sofreu com o desprezo da sociedade internacional, principalmente no setor da economia. A Europa e os Estados Unidos se recusavam a reconhecer a soberania do Haiti e um dos efeitos do não reconhecimento de Estado é não celebrar tratados com ele. Verberaram a ideia de negros se governarem e ficou famosa a forma como Thomas Jefferson, Presidente do Estados Unidos, se referiu a Toussaint L`Ouverture e seus partidários: "canibais da horrível república". Quando havia algum comércio entre Haiti e Estados Unidos, as relações de troca eram desiguais. Foi o começo da exploração haitiana devido às vendas a preços irrisórios.

Entre 1806 e 1820, primeira fase do governo republicano, o Haiti sofreu um bloqueio econômico por parte das potências imperialistas por ser considerado um mau exemplo para suas colônias. França, Inglaterra, Estados Unidos e Espanha praticaram o bloqueio econômico até o fim do pagamento da dívida com a França.

Segundo Gates Jr. (2014, p. 245),"as outras nações exploravam o Haiti, recusando-se a tratá-lo com justiça. Desesperados, os haitianos não tinham opções senão aceitar as transações irrisórias que conseguiam obter." A França ameaçou o bloqueio dos portos haitianos se o país não pagasse reparações aos antigos proprietários das *plantations*. O Haiti, sem aliado militar, estava sem saída e teve que pagar, entre 1825 e 1947, mais de um bilhão de dólares em troca do reconhecimento formal de sua independência.

Apenas em 1862, os Estados Unidos reconheceram o Haiti como soberano porque o Presidente Lincoln queria enviar para lá alguns escravos libertos. Por outro lado, quando da ocupação americana, líderes haitianos, sedentos de poder, ajudaram estrangeiros, reprimindo o seu próprio povo, sufocando o crescimento de instituições democráticas. Não houve no Haiti a consolidação de instituições políticas democráticas e nem de uma estrutura capaz de trazer emprego e renda para os haitianos.

Apesar da bandeira democrata, os Estados Unidos apoiaram o governo do cruel ditador Françóis Duvalier, pelo fato deste se opor ao regime comunista cubano. Entretanto, em 1991, o Conselho de Segurança da ONU aprovou a Resolução nº 2/91, que solicitava o congelamento dos

haveres do Governo do Haiti, em nome da defesa da democracia devido ao golpe contra o Presidente eleito Jean-Bertrand Aristide. Foi solicitado que organismos regionais internacionais, como o Banco Interamericano de Desenvolvimento, suspendessem programas em prol do Haiti.

No entendimento de Ramos (2015, p. 209), a Resolução nº 2/92, do mesmo Conselho, endureceu o bloqueio ao estipular "medidas de monitoramento do embargo comercial, com pedido aos Estados que negassem acesso a portos cargueiros e aviões que não respeitassem as medidas da OEA." Foi solicitado o congelamento dos haveres haitianos nos países da região, que os representantes dos países da Organização dos Estados Americanos em organismos financeiros, como, por exemplo, o Fundo Monetário Internacional, agissem conforme as medidas sancionatórias.

Em 1994, a Organização das Nações Unidas promoveu um novo embargo que fez com que as exportações caíssem 40%. Entre 1992 e 1994, a economia retrocedeu 30% e a receita do governo caiu a metade. (FREIRE, 2010) O embargo não arruinou apenas o Haiti, mas a vida de todos os nacionais daquele Estado. Quando se fala em bloqueio econômico, pensa-se em números e estatísticas, mas por trás desses números, há seres humanos que padecem.

O bloqueio econômico de 1991 resultou na queda da exportação, que, em 1994, caiu 40%. Parte da economia haitiana dependia da indústria têxtil e das maquiladoras, que são as indústrias que montam os produtos para serem exportados, que fabricavam bolas de beisebol, equipamentos elétricos simples, brinquedos. Freire (2010) menciona que "segundo relatórios da ONU, em meados dos anos 80, as maquiladoras empregavam 80 mil pessoas. Em 1990, existiam 252 maquiladoras, com apenas 46 mil trabalhadores. Em 1995, eram 44 empresas com 6.000 empregados." Essa situação melhorou em 2008, quando as maquiladoras empregaram 20.000 haitianos.

Não apenas os Estados Unidos foram beneficiados pelo Haiti, pois a aproximação com as colônias da América Ibérica foi importante para a libertação destas.[90] Pelo fato de Pétion ter oferecido a parte Sul do Estado

90 A aproximação haitiana das colônias da América Ibérica foi uma tentativa de sobreviver em uma sociedade internacional que desprezava o país. Foi a união entre a lógica da solidariedade e a da sobrevivência. Bolívar estava deprimido e escreveu para Pétion solicitando auxilio, cuja resposta era aguardada como, nas palavras de Bolívar, "o último ato de minha vida política." A resposta de auxílio foi positiva. A única exigência que o Haiti fazia é que,

para que Simón Bolívar, o qual sofrera um atentado na Jamaica, Francisco Miranda, Francisco Javier Mina, comprometido com a independência do México, e outros elaborassem estratégias revolucionárias é que outros países da América Latina se tornaram independentes. No Haiti, tiveram apoio material e espiritual para a revolução dos demais países.

Se não fosse o apoio armamentista e o exílio dado a Bolívar, os países da Gran Colômbia não se tornariam independentes, porém, segundo Wesley, "essas nações provaram ser tão ingratas quanto os Estados Unidos. Bolivar não convidou os haitianos para participar do Congresso Anfictiónico que convocou no Panamá em 1826, o qual tinha como objetivo, segundo Seitenfus (2014, p. 52), a integração da América Latina, algo tão importante para o Haiti, que buscava aproximação dos países. "Esse episódio marca a definitiva marginalização do Haiti nos assuntos continentais. Fecha-se, assim, o círculo em torno da turbulenta República negra e tem início 200 anos de solidão haitiana nas relações internacionais."

Um dos ministros de Bolívar afirmou que o Governo da Colômbia via com repugnância a ideia de tratar o Haiti com a mesma etiqueta que mantém com as nações civilizadas. De fato, Bolívar nem sequer estendeu o reconhecimento diplomático ao Haiti." O reconhecimento diplomático foi feito pela Venezuela, pátria de Simón Bolivar, apenas em 1894.

O Haiti não apenas serviu de exemplo, como auxiliou na independência dos países do continente americano por ser o porto seguro dos revolucionários de ilhas como Jamaica, Granada, Martinica, Porto Rico e Cuba. Conforme informações colhidas por Seitenfus (2014, p. 53), Cuba, Jamaica e Brasil sussurravam elogios ao Haiti, mas isso foi sufocado pelos escravocratas, tamanho o isolamento perpetrado por nações que pelo Haiti, um dia, foram ajudadas.

Todas as condutas supracitadas perpetradas pelos Estados Unidos, Inglaterra, França, e países latino-americanos que culminaram no isolamento dentro das relações internacionais, a falta de reconhecimento da soberania e os bloqueios econômicos empurraram o Haiti à falência. Hoje, esses países condenam a República Dominicana por tentar conter a imigração ilegal, mas por traz do discurso democrático querem impor

---

uma vez alcançada a independência, a escravidão fosse abolida, porém, a promessa foi descumprida devido ao medo do contágio da violência ocorrida em Santo Domingo. (SEITENFUS, 2014, pp. 51-2)

um novo isolamento dos haitianos, a fim de que eles não deixem a Ilha de Espanhola. Isso não é o correto em um mundo que caminha para a solidariedade transnacional, que impõe que toda a sociedade internacional deve se reger pelo princípio da prevalência dos Direitos Humanos, da não indiferença e da solidariedade.

2. Plano Marshall para o Haiti

Se os Estados entenderem que alterar a legislação interna para incorporar o visto humanitário e proteger o refugiado ambiental pode lhes trazer mais malefícios do que benefícios e concluírem que é melhor ajudar os haitianos dentro do Haiti, uma outra opção é o que, após o terremoto de 12 de janeiro de 2010, o Diretor-Geral do Fundo Monetário Internacional, Dominique Strauss-Kahn, sugeriu: um plano de reconstrução nos moldes do Plano Marshall.

Após a Segunda Guerra Mundial, ocorrida entre 1939 e 1945, a Europa estava devastada economicamente e destruída e os Estados Unidos estava crescendo industrialmente, o que levava a necessidade da ampliação de seus mercados externos e suprimento de matéria-prima. A outra vencedora da Guerra, União Soviética, vizinha dos fragilizados países europeus, adotou uma política expansionista que poderia implicar na destruição de relevantes mercados consumidores e fornecedores. O Plano Marshall, assim nomeado em homenagem ao seu idealizador, George Catlett Marshall, não teve objetivo humanitário, mas foi uma estratégia.

> O retardamento da reconstrução da Europa estimularia crescente insatisfação de suas populações, rudemente empobrecidas, e propiciaria um grande campo de cultura para as ideias e investidas extremistas. Reconhecia-se, ainda, a impossibilidade do restabelecimento do comércio internacional, sem a decisiva cooperação da parte ocidental do continente europeu, onde se situavam cerca de 300 milhões de produtores e consumidores, de considerável poder aquisitivo. (SIMONSEN, 1946, p. 17)

Assim, diante de uma realidade que aterrorizava os Estados Unidos e que lhe seria economicamente fatal, a política internacional americana

lançou o Plano Marshall, que totalizou o aporte de 18 bilhões de dólares, para reestruturar a Europa que atingiu os objetivos, pois reestruturou, rapidamente, fatores básicos de suas indústrias tal como era antes da Guerra: com capacidade de se sustentar social e politicamente e capaz de se defender contra invasões políticas e militares soviéticas.

Este plano vigorou entre 1947, quando o General Marshall foi nomeado Secretário de Estado do governo norte-americano, e 1951. Quando o General Marshall lançou as bases do Programa de Recuperação Europeia (Plano Marshall), ele discursou com essas palavras: "A assistência não deve ser de forma fragmentada à medida em que várias crises se desenvolve e deve ser proporcionar a cura, e não ser um mero paliativo."

De acordo com Murad (2000, p. 05), "grande parte (dos bilhões) foram pura e simplesmente doações, não se esperando ou exigindo pagamentos. Com isso, em cerca de uma década, quase todos os países da região encontravam-se em desenvolvimento, competindo no mercado internacional." Hogan (2005, p. 445) classifica o Plano Marshall como uma das políticas de maior sucesso lançada pelos Estados Unidos porque além de conseguir aliados dos quais necessitavam e que, ao mesmo tempo, precisavam deles, conteve o expansionismo soviético, estabilizou a economia europeia, reavivou a produção e o progresso levou à reorganização industrial e à reintegração econômica.

Não é difícil entender o porquê de, até hoje, um Plano Marshall não ter sido implantado no Haiti: o Haiti não representa um mercado potencial como a Europa o era para os Estados Unidos, entretanto, este plano já foi cogitado para além da Europa pelo o ex-Vice-Presidente Albert Gore, que idealizou, nos anos 90, um Plano Marshall a nível global para, dentre outras finalidades, salvar o meio-ambiente, promover tecnologias menos tóxicas e criar indicadores para avaliar o impacto ecológico e chegou a ser discutido em Washington, quando setores representantes da diáspora haitiana nos Estados Unidos e Canadá apoiaram a ideia, afinal vislumbraram que isso conteria a diáspora.

Uma vez que o país esteja mais reconstruído e com as oportunidades, outrora cortadas após tantos bloqueios econômicos, haitianos que emigraram, poderiam retornar ao seu país. Mederly, Novácek e Armand (2008, p. 35) entendem que graças ao lobby da diáspora haitiana, o Haiti foi visto como um bom projeto piloto para um novo Plano Marshall." Em 2005,

celebridades como Bono Vox, Sir. Bob Geldof, Muhammad Ali e o ex-Vice-Presidente Albert Gore apoiaram a ideia de um Plano Marshall para o Haiti, logo, havia uma real chance para a implementação.

Há a impressão errônea de que o país recebe tantas doações que o valor poderia chegar ao valor do que o Plano Marshall garantiu à Europa, entretanto, nem toda doação chega a quem realmente precisa. Seitenfus (2014, p. 268) menciona que apesar de que a ajuda externa ao Haiti ter triplicado entre 2009 e 2010, passando de 1,12 para 3,27 bilhões de dólares, esse valor é quase 14 bilhões de dólares a menos do que recebeu a Europa na vigência do plano, logo, 3,27 bilhões de dólares é pouco para o nível de necessidade do Haiti.

> Em otimista e oficial Relatório, apresentado por Ban Ki-moon ao Conselho de Segurança da ONU, em outubro de 2012, fica reconhecido que dos supostos US$ 5,78 bilhões oferecidos no período de 2010-2012 pelos doadores bilaterais e multilaterais, um pouco menos de 10% (556 milhões) foram entregues ao governo haitiano. Vale dizer que tanto as doações privadas nacionais quanto os recursos de origem pública são utilizados pelos governos dos Estados doadores para cobrir os gastos de sua própria intervenção no Haiti. Assim, por exemplo, mais de US$ 200 milhões em doações privadas dos cidadãos dos Estados Unidos serviram para financiar o transporte e a permanência dos soldados norte-americanos no Haiti logo após o terremoto. (SEITENFUS, 2014, p. 269)

Determinados fundos deveriam ter natureza específica. O Haiti já contou com diversos projetos temporários não conceberam apoiar uma estrutura institucional ou permanente que trouxesse resultados a longo prazo e, por isso, o Haiti é chamado de cemitério de projetos. Tendo esta perspectiva como norteadora, é necessário considerar que, para um Plano Marshall ser implementado, é importante mobilizar recursos humanos, técnicos e financeiros em escala global das maiores corporações de vários governos, a fim de fazer dessa tentativa um sucesso. Além disso, não bastaria a fixação de meros objetivos, mas de metas, que diferem daqueles por contarem com prazo para realização.

Segundo Mederly, Novácek e Armand (2008, pp. 7-8), o Haiti precisa de uma superestrutura para construir uma nova fase e crescer, gradualmente, a partir de três premissas: a) reconsiderar a estrutura política presente e buscar formas de criar estabilidade; b) explorar a riqueza da cultura e da história do país e derivar do contexto uma ética do desenvolvimento e um espírito empreendedor; c) quebrar o círculo de dependência e buscar resultados de longo prazo para libertar a máquina econômica das restrições e da corrupção.

Esse plano foi planejado em duas etapas. A primeira fase, de curto prazo, duraria em torno de quatro anos, que ajudaria o país a sair da crise e levá-lo à estabilização. O país receberia ajuda focada nas necessidades ligadas à sobrevivência, como nutrição, água potável, abrigo, educação, cuidados de saúde. A segunda etapa, de longo prazo, duraria em torno de quarenta anos, na qual o Haiti deveria se tornar parcialmente desenvolvido, saindo de um PIB de 1.500 USD para 12-15.000 USD. (MERDELY; NOVÁCEK; ARMAND, 2008, p. 35)

Diferentemente dos países europeus, reconstruídos no pós-Segunda Guerra Mundial, que tinham uma cultura empreendedora e industrial, que foi decisiva para que o Plano Marshall fizesse a diferença em um curto espaço de tempo, o Haiti não é assim, reivindicando um esforço mais complexo. Carment e Samy (2017) questiona se esse plano funcionaria para o Haiti, tendo em vista que o sucesso na Europa foi devido aos altos níveis de capital humano, uma longa história de instituições democráticas, de empresas privadas e de negociação. Eles mencionam que a Transparência Internacional classifica o Haiti em 168º lugar dentre 180 países em relação ao nível de percepção da corrupção.

Para Mederly, Novácek e Armand (2008, p. 37), a principal motivação do Plano Marshall para o Haiti é ajudar pessoas a desenvolveram seu potencial pois há perda de energia criativa de pessoas que precisam se dedicar à mera sobrevivência. As metas contariam com ações para eliminar a violência contra a mulher, instituir métodos de ensino primário e desenvolvimento de habilidades, erradicar doenças, garantir o acesso à água para todos, construir uma infraestrutura de transporte e telecomunicações, administração pública eficaz, a criação de uma classe média que serviria como elemento estabilizador da sociedade, acesso a tecnologias que respeitem o meio ambiente.

Outro objetivo do Plano Marshall para o Haiti seria ajudar o país a atingir o nível necessário para atrair investidores privados e assegurar a capacidade do país de conduzir as negociações com seus pares por meio do investimento no desenvolvimento de recursos humanos. Eis as quatro etapas específicas desse plano específico para o Haiti, sendo que a primeira estaria na primeira fase e as três outras, pertencem à segunda fase:

> a) O país só recebe ajuda e o foco está em satisfazer as necessidades básicas de nutrição, saúde e educação elementar dentro do país;
>
> b) O país receptor cria uma "contrapartida de fundos", que vai gerar recursos para mais investimentos na sua própria moeda e no seu próprio território.
>
> c) O país destinatário é capaz de criar recursos para projetos beneficentes internacionais, mas, em escala limitada. Esses investimentos teriam lugar no próprio território, na própria moeda e por meio do emprego de seus habitantes.
>
> d) O antigo país destinatário se torna um país doador emergente, capaz de criar recursos financeiros que poderiam ser utilizados em outros países em desenvolvimento. (MEDERLY, NOVÁCEK, ARMAND, 2008, p. 38)

Mederly, Novácek e Armand (2008, p. 39) mencionam o que deve ser feito em cada uma das quatro etapas. No estágio A, deve ser iniciado um projeto piloto e estudo de viabilidade, concentrar-se na satisfação das necessidades de sobrevivência: nutrição, água potável, abrigo; concentrar-se na satisfação de necessidades básicas: educação, cuidados de saúde, melhoria na condição das mulheres. No estágio B, construir um governo estatal eficiente, como governos locais, coleta de dados e avaliação para estatística, suporte para pequenas e médias empresas, ajuda na construção da infraestrutura, tais como energia, transporte e telecomunicações. Atingindo o PIB de 5.000 USD, o estado seria capaz de garantir a observância dos direitos, seguro social, saúde e outros serviços em nível satisfatória. No estágio C, o desenvolvimento do país continuaria contando com a ajuda substancial de investidores privados estrangeiros, seria capaz de participar, em pé de igualdade, em negócios internacionais; se tornaria um

emergente país doador, não apenas um beneficiário de ajuda e, alcançando um PIB entre 8 e 10.000 USD, o país estaria em condições favoráveis para atividades empresariais, setores sem fins lucrativos e iniciativas cívicas. No estágio D, o Haiti se tornaria plenamente desenvolvido a ponto das pessoas poderem decidir sobre suas vidas e cultivarem seus respectivos potenciais e alcançaria o PIB entre 12 e 15.000 USD e o foco estará na qualidade e sustentabilidade da vida em vez de no crescimento econômico material.

Como se pode verificar, as metas são específicas, o que difere da simples doação, em que se dá dinheiro e o receptor faz o que deseja. Se houver um Plano Marshall, ele precisa ter metas expressas. Carment e Samy (2017) alertam que um plano estratégico eficaz começa com a especificação dos resultados finais esperados do investimento, os riscos oriundos e os indicadores que acompanham a sua redução, pois um roteiro só é útil se você souber o seu destino final."

3. E por que os demais países deveriam criar um plano em prol do Haiti?

A doutrina reconhece que os Estados Unidos não estão no rol dos países mais abertos à imigração. Se o Plano Marshall, quando lançado para auxiliar a Europa, visou aos interesses mercantilistas norte-americanos, ele, mais uma vez, pode ser utilizado em prol dos interesses deste país e ainda reforçará a política de "boa-vizinhança", propagada na década de 30, quando os Estados Unidos foi criticado por tantas intervenções militares, e auxiliar em um problema que afeta não só a eles, como também a toda a América Latina. Nye Jr. (2002, p. 193) menciona o fato de que os norte-americanos temem os efeitos da imigração sobre valores nacionais e sobre o senso de identidade norte-americana e que "os americanos hostis à imigração são o dobro dos que com ela simpatizam. Várias pesquisas mostram que muitos, ou a maioria, querem menos imigrantes no país."

Assim, finaliza-se essa tese mostrando que se objetivo de condenar a República Dominicana esconde o desejo velado de manter os haitianos ilhados em Espanhola, que isso seja feito de uma forma humana, a partir do reconhecimento da dívida moral que muitos países têm para com o Haiti. Não é pela via do estímulo à fusão ou pela restrição ao direito de

emigrar, pela falta de política pública de proteção ao refugiado ou ao imigrante, condutas incondizentes com o avanço do Direito Internacional dos Direitos Humanos, que os problemas que fazem os haitianos emigrarem cessarão. Isso apenas acontecerá quando o Haiti se tornar um país bom o suficiente para garantir direitos mínimos aos cidadãos a ponto de eles não desejarem deixar sua pátria-mãe ou, caso fora do país, retornarem. Raros são os que decidem deixar as suas casas e famílias se não há necessidade e estas apenas serão atendidas quando todos os responsáveis pelo que o Haiti se tornou hoje assumirem sua parcela de culpa e sanarem os males causados e, neste caso, o Plano Marshall poderia ser uma ferramenta.

CONCLUSÃO

O Haiti sofreu com a repressão em diversos momentos de sua história, desde a luta pela sua independência, que envolveu uma indenização caríssima para a França. Após este fato, diversos foram os bloqueios econômicos que sofreu e o isolamento nas relações internacionais pelo fato de ter sido a primeira república negra a surgir na América Latina.

Ao obter independência, o Haiti foi visto como um mau exemplo, pois os colonizadores temiam a influência que a independência poderia ter sobre a América Latina e, a fim de não estimular movimentos independentistas, o Haiti ficou isolado das relações internacionais, isso sem mencionar o fator racial, pois a vitória negra sobre o branco exército francês foi considerada uma afronta.

Os Estados Unidos, com seus bloqueios econômicos contra o Haiti, a fim de interferir em questões políticas nas quais não deveriam se envolver em respeito à soberania haitiana, piorou a miséria do país.

Hoje, os países fazem campanhas pró-Haiti, as quais envolvem intervenções e doações, mas resolver o problema pontual não traz esperança de um futuro melhor ao país, que continua exportando pessoas para diversos países, afinal, haitianos procuram sobreviver em lugares com melhores condições.

É uma hipocrisia doar altas cifras de dinheiro e, por outro lado, ter políticas de fechamento de fronteira contra haitianos e este trabalho defende que, se o país deseja realmente ajudar ao Haiti, precisa ser um fomentador de condições futuras de desenvolvimento e um plano tal como

o Marshall pode servir como parâmetro para uma política internacional humanitária.

Sem dúvida, não dá para comparar o Haiti com países europeus, os quais têm uma história de instituições democráticas e não de ditadura, mas não é para fazer uma cópia deste plano, mas sim, tê-lo como modelo a fim de adaptá-lo à realidade daquele país.

REFERÊNCIAS

CARMENT, David; SAMY, Yiagadeesen. *A Marshall Plan for Haiti? Think Again*. Disponível em: https://www.theglobeandmail.com/opinion/a-marshall-plan-for-haiti-think-again/article1365 496/. Acesso em 02 de janeiro de 2019.

FISCHER, Sibylle. *Constituiciones haitianas:* ideología y cultura posrevolucionarias. Casa de Las Americas, oct-dez, 2003.

FREIRE, Vinicius Torres. *Embargo econômico após golpe de 1991 arruinou país de vez*. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft1701201006.htm. Acesso em 03 de novembro de 2018.

GATES JR., Henry Louis. *Os negros na América Latina*. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

HOGAN, Michael J. *The Marshall Plan*: American, Britain and the reconstruction of Western Europe, 1947-1952. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

MEDERLY, Peter, NOVÁCEK, Pavel, ARMAND, Pierre C. *Marshall Plan for Haiti*: initial Project of the global partnership for development. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/235274892_Marshall_plan_for_Haiti_Initial_project_of_the_global_partnership_for _development. Acesso em 02 de dezembro de 2018.

MURAD, José Elias. *Um "Plano Marshall" para o combate às drogas na América Latina*. Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 2000.

NYE JR., Joseph S. *O paradoxo do poder americano*. Porque a única superpotência do mundo não pode prosseguir isolada. Tradução de Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: Editora UNESP, 2002.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SANDEL, Michael J. *Justiça*: o que é fazer a coisa certa? Traduzido por Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 23. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

SEITENFUS, Ricardo Antônio Silva. *Haiti*: dilemas e fracassos. Ijuí: Unijui, 2014.

SIMONSEN, Roberto C. *O Plano Marshall e um novo critério nas relações internacionais*. Rio de Janeiro: [s.n.], 1946.

"*BREXIT*": COROLARIO DE VARIOS FRACASOS POLÍTICOS Y POSIBLE PRELUDIO DE UNA GRAN CRISIS JURÍDICO-POLÍTICA EN EUROPA.

Manuel Fondevila Marón

I. INTRODUCCIÓN.

Desde que, en el año 2005, consecuencia del rechazo en los referéndums celebrados en Francia y Holanda, se malograse el Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa, la Unión Europea atraviesa por una fase de *impasse* de la que todavía es difícil aventurar cómo y cuándo podrá salirse. Aunque en 2009 entrase en vigor el Tratado de Lisboa, respetuoso en esencia con aquella mal llamada Constitución, el proyecto común europeo acumula muchas más derrotas que victorias cada vez que la ciudadanía tiene la oportunidad de manifestar de modo directo su parecer[91].

91 Recuérdese, a este respecto que, en Irlanda, único país donde se sometió a referéndum el Tratado de Lisboa, este tuvo que repetirse, el 2 de octubre, después de que en el de 12 de junio venciese el "NO". En 2015 Dinamarca rechazó aumentar la cooperación con la UE en materia de Justicia y Seguridad y, en 2016, los ciudadanos holandeses se manifestaron en contra del Acuerdo de Libre Comercio entre la UE y Ucrania. Esto llevo a suprimir este tipo de consultas en ese país. Por último, el 2 de octubre de 2016, el gobierno húngaro liderado por Viktor Orbán convocó un referéndum sobre la cuota de inmigrantes que a este país le correspondía acoger según la Decisión (UE) 2015/1601, del Consejo de 22 de septiembre en el que, aunque venció la postura oficialista en contra, no se alcanzó el *quorum* necesario del 50%.

En la Unión Europea siempre se apeló a la metáfora del ciclista (el cual, si se detiene, se cae) para profundizar en el proceso de integración, y tras una década de crisis los temores parecían confirmarse cuando, el 23 de junio de 2016, vencía en el Reino Unido la opción del *leave* la Unión Europea.

Desde el punto de vista jurídico son muchos los interrogantes que este proceso plantea y que el acuerdo al que hace referencia el art. 50 TUE debería aclarar. Entre ellas está la situación de los ciudadanos europeos residentes en el Reino Unido y de los ciudadanos británicos residentes en Estados miembros de la Unión Europea por lo que respecta a sus derechos de residencia y permisos de trabajo, cuestiones tributarias, asistencia sanitaria y aspectos de derecho familia (por ejemplo, divorcio, sustracción de menores…), cuestiones de ámbito societario tras la eliminación de la libre circulación de capitales, la cooperación en materia penal etc. Junto a ellas existen otras cuestiones de carácter político y, en especial, las situaciones de Escocia e Irlanda del Norte por un lado y de Gibraltar por el otro. La elección de Boris Johson (partidario de un "*hard brexit*") como *Prime Minister,* después de que el Consejo haya concedido ya varias prórrogas consecuencia de que Westminster no aceptase el acuerdo al que había llegado la anterior Primera Ministra británica no hace sino sembrar más incertidumbre respecto de estas materias.

Es difícil anticipar si la salida del Reino Unido sumirá a la Unión Europea en una crisis aún más profunda o, como se verá que sostienen algunos autores, puede servir precisamente para reforzarla. El objetivo de este breve trabajo – de carácter doctrinal - será analizar el proceso seguido hasta el momento y los desafíos que todavía deben afrontar el Reino Unido y la Unión Europea respectivamente para evitar un *Brexit* sin acuerdo, tratando de extraer con ello lecciones de Derecho Público (tanto internacional como constitucional).

II. LA UNIÓN EUROPEA Y EL REINO UNIDO: RETICENCIAS PASADAS Y DESAFÍOS FUTUROS.

Por lo que respecta a la naturaleza jurídica de la Unión Europea, el *Brexit* prueba que esta sigue constituyendo una Unión de Estados de Derecho Internacional. Aunque se ha indicado que la aprobación del procedimiento que regula la salida voluntaria - incorporado al ya mencionado

art. 50 TUE por el Tratado de Lisboa - es una prueba de la doble "alma" – constitucional e internacional – de la Unión Europea (LOSURDO, 2017, p. 183), refleja más bien la tensión entre los Estados, deseosos de continuar siendo "los señores de los Tratados" y las Instituciones europeas, cuyo deseo es avanzar en una Unión cada vez más estrecha. Piénsese, a este respecto, que se intentó introducir por primera vez en el Proyecto de Tratado Constitucional, y la previsión (contenida en el art. I-60 de aquel texto) constituía una salvaguarda de la soberanía estatal y – tal y como indicó el TC (DTC 1/2004) – un contrapunto al principio de primacía. Debe quedar claro – a pesar de que con anterioridad algunas voces hablaban de la irreversibilidad de la integración - que el establecimiento de este mecanismo de secesión no creaba ningún derecho nuevo (LOPEZ BASAGUREN, 2017, pp. 115 y ss.) porque siempre es posible – ya esté expresamente recogido o no – abandonar una organización internacional (MANGAS MARTÍN y LIÑAN NOGUEIRAS, 2014, p. 64), mientras que en un Estado (incluso un Estado federal) el derecho de secesión [por lo demás, nada recomendable para el buen funcionamiento de este, pues permite que una parte del Estado pueda amenazar con la retirada cada vez que no está de acuerdo con la política nacional (BOWIE y FRIEDRICH, 1958, p. 854)] debe estar reconocido en la Constitución (RUIPEREZ, 1995, p. 77). Así pues, la descripción de la Unión Europea como una "Confederación de Estados en sentido moderno" (LA PÉGOLA, 1992) sigue pareciendo la más correcta, tanto desde el punto de vista técnico-jurídico como el político. Y es que además de caracterizarse porque en ella rige la regla de la mayoría (en lugar de la unanimidad) y porque algunas normas de ella emanadas gozan de efecto directo, sigue siendo mucho más factible – a diferencia de las arcaicas, que desaparecieron o se fundieron en un Estado federal – que esta tenga un carácter permanente.

A este respecto hay que reconocer que el *Brexit* ha puesto de manifiesto que la posibilidad de que un Estado - ¡nada menos que la segunda potencia económica de la UE! – desee abandonar la Unión Europea es una eventualidad real (y también es posible que esta se produzca sin acuerdo). Este acontecimiento, que con toda probabilidad se consumará a finales de octubre de este año, nada tiene que ver con el antecedente de escisión del territorio groenlandés en 1985. De hecho, el *Brexit* espoleó a fuerzas populistas de derecha antieuropea en países como Holanda, Italia,

Alemania y – sobre todo – Francia, en donde durante cierto tiempo con posterioridad al referéndum de la Gran Bretaña se especuló muy en serio con la posibilidad de un "*Frexit*". Sin embargo, según los más optimistas, a partir del año 2017 se habría producido un punto de inflexión, y el *Brexit* habría supuesto un revulsivo a la crisis que la Unión arrastra desde hace más de una década, siendo precisamente el presidente francés Macron junto con la canciller Merkel quienes están tratando, ante la crisis como potencial mundial de los EEUU, de convertir a la UE en un actor que pueda relacionarse en igualdad de condiciones con Washington, Pekín y Moscú. Ahora bien, en la cumbre de Tallin (septiembre de 2017) se decidió fortalecer la Unión, pero no todos los líderes europeos comparten el proyecto maximalista de Francia, por lo que se especula con que el futuro de Europa podría pasar por una integración "a dos velocidades" (POU, 2017, p. 155 y ss.).

A la hora de estudiar la hipótesis de que la salida del Reino Unido refuerce a la Unión debe tenerse en cuenta que, durante los cuarenta y seis años de su pertenencia a la Unión Europea, el Reino Unido ha mostrado resistencias a avanzar en el proceso de integración. Incluso se ha señalado que si la UE no es más es porque el Reino Unido no ha permitido que lo fuese (BAR CENDON, 2017, p. 142). En este tiempo, siempre ha conseguido que las Comunidades Europeas, primero, y la Unión Europea, después, cediesen a sus exigencias (ajustes presupuestarios en los acuerdos de 1975 y 1985 en favor de este país, la introducción, en 1992, del principio de subsidiariedad para apoyar el Tratado de la Unión Europea) al mismo tiempo que conseguía excepciones en la aplicación de los Tratados (protocolo nº 20 anexo al TFUE sobre la aplicación a Irlanda y al Reino Unido de los acuerdos *Schengen*, el protocolo nº 21 sobre la aplicación a Irlanda y Reino Unido del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, el protocolo nº 30 sobre la aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales a Polonia y Reino Unido). Tampoco adoptó, en un primer momento, las políticas sociales ni adoptó la moneda única. La última, en lo que constituyó un intento de las instituciones europeas de evitar el referéndum sobre el *Brexit*, conviene recordar que el Reino Unido obtuvo, en el Consejo europeo de 18 y 19 de febrero de 2016, un acuerdo del Consejo para reforzar su situación especial dentro de la Unión Europea.

En todo caso, a pesar de la importancia de la isla, parece claro que las

perspectivas de la UE son mejores si el país que se escinde es Reino Unido que si hubiese triunfado esta tesis en uno de los seis países fundadores, como Francia. Ello no quiere decir, por supuesto, que no quepa una parálisis o retroceso en el proceso de integración.

III. ORIGEN DEL *BREXIT:* UN PROBLEMÁTICO REFERÉNDUM.

En 2014, David Cameron, *Prime Minister* desde 2010, había conseguido calmar las ansias independentistas del SNP (*Scotish National Party*), que había ganado en 2007 las elecciones en Escocia, con un referéndum sobre la permanencia de esta en el Reino Unido que consiguió ganar con un 55,3% de los votos. Convencido de que, también en este caso ganaría la votación[92], y presionado por las divisiones internas en su partido, en 2013 decidió convocar una nueva consulta, esta vez respecto de la permanencia del Reino Unido en la Unión Europea y para detener el ascenso del UKIP (*United Kingdom Independence Party*), prometiendo la celebración de un referéndum que acabaría celebrándose en 2016, el resultado no fue el deseado, venciendo el *leave* por un porcentaje de 51,9% dándose una alta participación (72,2 %). Por esta razón anunció inmediatamente su dimisión (aunque permaneció transitoriamente en el cargo hasta que el partido eligió a su sucesora, que como se mencionó anteriormente, tampoco ha sobrevivido políticamente al proceso).

Un referéndum no es, en rigor, un acto de soberanía, donde el Pueblo decida libremente una cuestión de alto calado político. En ese caso hablaríamos de plebiscito. En su concepción clásica, el referéndum constituye un acto de control, por parte del electorado, de las decisiones previamente adoptadas por los representantes políticos (DE VEGA, 1988, pp. 112 y ss.). Aunque en países como España el referéndum se configura como un instrumento excepcional su uso está más generalizado en otros ordenamientos comparados como, especialmente, Irlanda y Suiza. En el caso del Reino Unido, un informe de la Cámara de los Lores de 2010, al tiempo que reconoce el carácter democrático y constitucionalidad del

92 Donal Tusk, Presidente del Consejo Europeo, ha confirmado en enero de este año tal extremo: https://www.europapress.es/internacional/noticia-tusk-revela-david-cameron-creia-no-peligro-convocar-referendum-brexit-20190121194037.html

instrumento, sostiene que su uso no ha estado demasiado generalizado, aunque la doctrina ha señalado el aumento de su empleo en los últimos años y no siempre en su sentido constitucional. El correcto uso de esta institución, en las diferentes modalidades que pueden encontrarse en el Derecho Comparado (referéndum legislativo, constitucional, abrogativo, revocatorio o *recall,* consultivo*,* etc.) fortalece la Democracia participativa y se erige como garantía frente a quienes espuriamente se puedan atribuir la representación del sentir popular. Pero no hay que olvidar que es un instrumento que ha sido utilizado, en el pasado, por dictadores de distinto tipo de un modo demagógico, y que incluso en una Democracia consolidada, como la británica, su empleo plebiscitario no solo debilita las instituciones representativas (especialmente, como se verá en el epígrafe siguiente, el Parlamento), sino que resulta perfectamente inútil. Como demuestra, por ejemplo, el caso de Quebec, el resultado negativo en un referéndum de estas características no suele convencer a los proponentes, que tarde o temprano exigen una nueva celebración. En el caso de Escocia, la Ministra Principal, Nicola Sturgeon, no tardó ni un mes– tras no poder plantear el "*legislative consent*" para esta cuestión por no afectar exclusivamente a la Región – en reclamar políticamente un nuevo referéndum (solicitado formalmente a Londres en marzo de 2017, y rechazado por Theresa May). Respecto de la pertenencia a la Unión Europea, no hay que olvidar, tampoco, que en este país se había ya celebrado un referéndum sobre su pertenencia a las Comunidades Europeas en 1975.

La experiencia demuestra, además, que el resultado de un referéndum puede dar una sorpresa a su promotor por motivos imprevistos. Es lo que ocurrió con los referéndums francés y holandés mencionados en la Introducción, cuyos resultados negativos han sido achacados a un voto negativo por cuestiones internas. En el caso del referéndum del *Brexit*, se ha señalado por muchos analistas, e incluso tratado en el Parlamento británico, la enorme manipulación política y mediática, por ambos lados, (pero sobre todo por el lado del *leave*), siendo la más conocida la afirmación - desmentida por los mismos que la realizaron al día siguiente del resultado, y por las instituciones británicas - de que con el Brexit se produciría un ahorro de 350 millones de libras que se dedicarían a la sanidad pública.

Por todo ello, la institución refrendataria, para que resulte beneficiosa para las Democracias representativas, debe estar adecuadamente regulada

y limitada por la Constitución y las leyes. Especialmente importante es regular la claridad de la pregunta, las materias excluidas, y el *quorum* necesario para que el resultado de la consulta se considere vinculante (GARRIDO, 2017, p. 211 y ss.). El riesgo de un mal uso del mismo en el Reino Unido, como ha sucedido en este caso, procede del hecho de que, aunque existe una regulación de carácter general acerca de este instrumento, contenida en la *Political Parties, Elections and Referendum Act*, del año 2000, cada convocatoria concreta depende de una ley del Parlamento y, como demuestra la práctica, del Primer Ministro (CASTELLÀ, 2016, p. 305). El referéndum que nos ocupa se reguló en la *European Unión Referendum Act,* de 2015.

De acuerdo con las referidas normativas, el referéndum sobre el *Brexit* tenía carácter consultivo y, por lo tanto, no vinculante. Se trata de una modalidad bastante común en Derecho Comparado, en el que generalmente la participación del Pueblo puede considerarse "frágil", en tanto que se pronuncia sobre preferencias, no sobre actos concretos, donde el electorado únicamente puede responder afirmativa o negativamente a la pregunta planteada por órganos *latu sensu* representativos (PEGORARO y RINELLA, 2018, p. 92). En este caso concreto, la consulta – cuya respuesta, a petición de la Comisión electoral, se sustituyó para que la disyuntiva estuviese entre el "*leave*" y el "*remain*" y no entre el "*yes*" o "*not*"[93] - adquirió una relevancia política y mediática tal que difícilmente las autoridades británicas podían actuar de manera diferente. Y desde luego, no era la intención de Theresa May (quien siempre sostuvo que "*brexit means brexit*).

IV. SOBRE EL PROCEDIMIENTO INTERNO Y ANTE LAS INSTITUCIONES EUROPEAS PARA ABANDONAR LA UE O LA RELEVANCIA CONSTITUCIONAL DE LA INTEGRACIÓN.

El procedimiento (interno y externo) de retirada voluntaria de la Gran Bretaña de la Unión Europea demuestra la relevancia constitucional que el fenómeno de la integración ha adquirido.

93 La pregunta original (*Should the United Kingdom remain a member of the European Union?*) se sustituyó por la definitiva: Should the United Kingdom remain a member of the European Union or leave the European Union?

Una vez que los resultados del referéndum demostraron la preferencia del electorado por el *Brexit,* el nuevo gobierno liderado por Theresa May caminó decididamente cara su ejecución al tiempo que las instituciones europeas, por su parte, expresaban también el deseo de que la notificación a la que hace alusión el art. 50 TUE se pusiera en marcha cuanto antes. Por supuesto, el gobierno alegaba su competencia para llevarlo a cabo. Sin embargo, los Tribunales establecieron la obligación de una ley de autorización por el Parlamento de Westminster (rechazando, además, la competencia al respecto de los parlamentos regionales).

La práctica del *Brexit* y los Tribunales han aclarado las dificultades interpretativas que planteaba el procedimiento de separación, cuya redacción ha sido unánimemente criticada por la doctrina.

En el plano interno, la *High Court of Justice,* en Sentencia de 3 noviembre de 2016 (caso *Miller v. Secretary of State for Exiting the European Union)*, estableció que "*the Secretary of State does not have power under the Crown's prerogative to give notice pursuant to Article 50 of the TEU for the United Kingdom to withdraw from the European Union".* Ello a pesar de que esta resolución reconoce que en virtud de la prerrogativa real al Gobierno le corresponde la competencia en materia de relaciones internacionales, y que ello implica el poder de suscribir o denunciar tratados; pero considerando que en este caso el abandono de la UE implica la pérdida de derechos directamente reconocidos a los ciudadanos. Así mismo, rechaza la argumentación del gobierno basada en que a través de la *European Community Act,* de 1972, el Parlamento había transferido al Gobierno la competencia, no solo para integrarse, sino para separarse de la UE. La decisión fue ratificada por la *Supreme Court,* en Sentencia de 24 de enero de 2017, aunque este órgano llega a la misma conclusión con una argumentación parcialmente diferente (VIOLINI, 2017, p. 7), basada en que la integración europea había supuesto un cambio en el sistema de fuentes del Derecho Constitucional británico, sin que las prerrogativas del Gobierno puedan llevar a cabo una reforma del mismo. Esta Resolución cuenta con tres votos particulares, de los Magistrados Red, Carnwath y Hugues, tampoco completamente favorables a las tesis del Gobierno, pues defienden, con diferentes argumentos, que el Gobierno podía activar el proceso del art. 50 TUE porque este es solo el inicio de la secesión, la cual no podría completarse sin la intervención del Parlamento.

Aclarada judicialmente la cuestión, el Parlamento británico aprobó, el 16 de marzo de 2017, la *European Union (Notification of Withdrawal) Act,* y el Gobierno británico activó el procedimiento de salida el día 29 de ese mismo mes. Tras más de un año de negociaciones entre la Comisión y el Reino Unido, se llegó a un acuerdo entre este y los 27 que el Consejo adoptó el 25 de noviembre, enviándolo al Parlamento Europeo para su aprobación. Pero el Parlamento británico ha rechazado dicho texto, y tras varias prorrogas (el 5 de marzo se solicitó una prórroga que se concedió hasta el 22 de mayo y el 5 de abril una nueva que se concedió hasta el 31 de octubre) y la caída de Theresa May, hoy resulta muy factible la posibilidad de un *Brexit* sin acuerdo. Si esto ocurriese, supondría un revés para las previsiones optimistas acerca del futuro de la Unión mencionadas anteriormente, pues se produciría inseguridad jurídica sobre los temas que habían sido tratados en dicho acuerdo: derechos de los ciudadanos, plazos para la progresiva disolución de los acuerdos actuales, las liquidaciones económicas, y las soluciones para Irlanda del Norte, las zonas de soberanía británica en Chipre, y Gibraltar. Además, un "*Brexit* duro" complicaría los eventuales acuerdos UE-Reino Unido posteriores al mismo que los analistas confiaban en que se produjeran en virtud de intereses recíprocos.

El periplo judicial seguido antes de la notificación de la voluntad de retirarse de la Unión demuestra que esta fase previa es una cuestión puramente interna sobre la que las instituciones europeas carecen de competencia. Cunado se produce la notificación, esta debe presumirse válida. Aunque el art. 50 TUE no establece la forma en la que ha de producirse la notificación, en este caso se produjo, como parece lógico y establece el art. 67 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, por escrito (en concreto, mediante Carta dirigida al Consejo).

Aunque el mencionado precepto establece un plazo de dos años para alcanzar un acuerdo, dada la mencionada especial naturaleza de la Unión, se trata, por un lado, de potenciar la negociación política y, por otro, de respetar la soberanía de los Estados en el marco de un procedimiento jurídico (CARTA, 2017, p. 45) de secesión de una Unión de Estados de Derecho Internacional pero única en su especie. Por eso durante esta negociación, y hasta que haya entrado en vigor el acuerdo de retirada o el plazo de dos años (con sus eventuales prórrogas) que prevé dicho artículo, tal y como ha aclarado el TJUE (STJUE de 10 de diciembre de 2018,

asunto C-621/18 *Wightman y otros / Secretary of State for Exiting the European Union*), el Estado que ha notificado su voluntad de separarse de la Unión puede, de acuerdo con sus normas constitucionales y a través de un procedimiento democrático, revocar dicha decisión y seguir perteneciendo a la UE. Las instituciones europeas entendían que esta revocación únicamente podía ser consensuada, para evitar abusos por parte del Estado, pero a juicio del Tribunal, privarle de esta posibilidad unilateral – que el art. 50 TUE no permite expresamente pero tampoco impide – iría en contra del objetivo de lograr una Unión cada vez más estrecha. Ahora bien, es una posibilidad que también está contemplada en el art. 68 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA DERROTA DE LA POLÍTICA Y LA POSIBILIDAD DE UNA CRISIS JURÍDICA SIN PRECEDENTES.

El planteamiento del referéndum del *Brexit* respondió a una pésima estrategia del Primer Ministro Cameron, que confiaba ganarlo y frenar con ello el avance del UKIP a la vez de las divisiones internas dentro de su partido. No solo no consiguió ninguno de los dos objetivos, sino que ello avivó las ansias independentistas escocesas. Los partidarios de la integración europea en el Reino Unido no han mostrado nunca un sentimiento sincero en favor de la integración europea y en consecuencia no se movilizaron lo suficiente en favor del *remain* (TOMAS MALLÉN, 2017, p. 1173). Su europeísmo puede considerarse táctico. Todo lo contrario de los partidarios del *leave* que sí han apelado a sentimientos nacionalistas.

La situación actual parece augurar un nuevo fracaso político: el acuerdo al que el Gobierno de Theresa May había llegado con las instituciones europeas no ha conseguido la aprobación del Parlamento británico, y la Primera Ministra ha tenido que abandonar su cargo en favor de Boris Johson, partidario de un *Brexit* sin acuerdo. Este acuerdo, según las orientaciones adoptadas por el Consejo el 23 de marzo de 2018, debía incluir la cooperación económica y comercial, así como en otros ámbitos, en particular la lucha contra el terrorismo y la delincuencia internacional, así como la seguridad, la defensa y la política exterior. Pero el propio Consejo era consciente – atendiendo a reiteradas manifestaciones de las autorida-

des británicas - de las dificultades de un acuerdo tal, y algunos analistas ya auguraban que el clima en el que se desarrollasen las negociaciones podría afectar negativamente a la creación de espacios de cooperación (PONTIJAS CALDERON, 2018).

Esta claro que el clima no es el propicio y ello puede implicar consecuencias desastrosas para derechos de los ciudadanos tanto europeos como británicos. Una crisis jurídica de tales características, que probablemente llevará aparejadas diferencias entre los socios europeos, no permite, tampoco, ser optimistas respecto a eventuales avances en la integración una vez que la euroescéptica Gran Bretaña la haya abandonado.

BIBLIOGRAFIA

BAR CENDÓN, A. El Reino Unido y la Unión Europea: inicio y fin de una relación atormentada. **Teoría y Realidad Constitucional,** 40 (2017), pp. 141-180.

BOWIE, Robert y FRIEDRICH, Carl. **Estudios sobre el Federalismo. Análisis comparado de la Constitución de Austria, Canadá, Alemania, Suiza y los Estados Unidos.** Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958.

CARTA, Maria Cristina. L'incidenza sulla Brexit dela Sentenza de la Corte de Giustiza UE del 10 dicembre de 2018. **Freedom, security justice. European Legal Studies,** 1 (2019), pp. 30-54.

CASTELLÀ ANDREU, Jose María. El referéndum sobre el Brexit: una historia inacabada. **Revista de Derecho Político,** 97 (2016), pp. 297-334.

DE VEGA, Pedro. **La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente.** Madrid: Tecnos, 1988.

GARRIDO LÓPEZ, Carlos. El debate sobre los riesgos y los límites de los referéndums en perspectiva comparada. En SAENZ ROYO, Eva y GARRIDO LÓPEZ, Carlos (Coords.). **La funcionalidad del referéndum en la Democracia representativa.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

LA PÉRGOLA, Antonio. Sguardo sul federalismo e i suoi dintorni (una célebre dicotomía: "stato federale -confederazione", La Confederazione di tipo antico e moderno. L´idea europeistica di comunità). **Diritto e Societá.** 3 (1992) pp. 491-518.

LOSURDO, Federico. "Integração Europeia despois da Brexit. A dupla alma da União". En VAL, Eduardo Manuel y LIMA, Simone Alvarez. **Temas contemporâneos de Direito Internacional.** Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2017, pp. 177-191.

LOPEZ BASAGUREN, Alberto. El Brexit: la secesión de la Unión Europea entre Teoría y Realidad. **Teoría y Realidad Constitucional,** nº 40 (2017), pp. 111-140.

MANGAS MARTÍN, Araceli y LIÑAN NOGUEIRAS, Julian. **Instituciones y Derecho de la Unión Europea.** 8ª ed. Madrid: Tecnos, 2014.

PEGORARO, L y RINELLA, A. **Derecho Constitucional Comparado.** Tomo 2, Volumen B, Sistemas Constitucionales**.** Buenos Aires: Astrea, 2018.

PONTIJAS CALDERON, Jose Luis. El brexit y los posibles espacios de colaboración. **Documento análisis IEEE,** 33 (2018).

POU, Victor. **Hacia el relanzamiento de la Unión Europea. El Bréxit y Trump como revulsivo.** Lleida: Editorial Milenio, 2018.

TORRES MALLÉN, Beatriz. El Bréxit y su impacto en la Europa de los derechos: el desafío británico al Derecho Constitucional europeo. **Revista de Derecho Político,** nº 100 (2017), pp. 1169-1208.

RUIPEREZ ALAMILLO, Javier. **Constitución y autodeterminación.** Madrid: Tecnos, 1995.

VIOLINI, Federica. L'avvio di Brexit nella contesa tra parliamentary sovereignty e royal prerogative Powers. **Observatorio Costitituzionale** 1/2017 (18 de marzo de 2017).

O TOTALITARISMO COMO EXPRESSÃO DA NEGAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL

Leonam Liziero

1 INTRODUÇÃO: SUPRASSOBERANIA E AS GUERRAS MUNDIAIS

A Primeira Guerra Mundial, iniciada em 1914 e encerrada em 1918, é um fato importante para verificar as transmutações da soberania no Século XX. O Tratado de Versailles de 1919 é um marco na história das relações internacionais pelo fato de entre outras coisas, constituir a primeira organização de alcance geral, a Liga das Nações. O fracasso da Liga se deu a inúmeros fatores, entre eles a difusão das ideias de exaltação à soberania. Sendo o Direito Internacional o resultado da vontade do Estado, como uma organização internacional poderia tentar estabelecer regras que limitavam a soberania? Evidentemente outro fator que contribuiu para o fracasso foi a ausência da potência ascendente, os Estados Unidos, que resultou numa fraca força política da Liga.

Na leitura de Campagnolo (2006) em 1937, a Liga era um fracasso por apresentar de forma contraditória os dois elementos que uma organização com aquele propósito deveria ter para alcança a estabilidade: uma aliança entre Estados com o fim de alcançar certos fins políticos determinados; ou ser uma conferência de debate permanente entre os governos para estabelecer regras para a manutenção da paz e ao mesmo tempo em que tornasse viável seu cumprimento.

Outro fator importante que contribuiu para o fracasso da Liga foi a construção teórica que não aboliu o *jus ad bellum*. A Liga admitia o recurso à guerra para a resolução dos conflitos, ainda que de uma forma pouco limitada. Esta admissão não abolia o até então direito inerente da soberania do Estado de utilizar a força contra os outros Estados, não sendo previsto um sistema de sanções e de garantia destas sanções.

> A Liga das Nações é uma organização internacional enfraquecida em cujo Conselho (órgão máximo) há as grandes potências como membros permanentes e os demais como membros não permanentes (eram seis). O Pacto ainda mostra respeitar a soberania dos Estados ao reconhecer que estes têm o direito de recorrer à guerra, desde que tenha expirado o prazo de três meses da decisão do Conselho. É apenas uma moratória da guerra. Ora, o direito à guerra sempre foi considerado uma das manifestações do Estado soberano (MELLO, 1999, p. 14)

O paradigma formulado por Francisco de Vitória continuava ainda a imperar, pois a guerra era a forma de se fazer valer um direito violado. Era ainda a sanção por excelência do Direito Internacional, caracterizando a sua descentralização dinâmica característica.

2 A GUERRA É JURÍDICA? O DEBATE ENTRE KELSEN E BILFINGER

A Liga das Nações, devido às suas deficiências, não conseguiu impedir o principal de seus propósitos: evitar uma nova guerra mundial. A Liga deixou de existir somente em 1946, todavia seus trabalhos foram suspensos em 1939, no ano da eclosão da Segunda Grande Guerra. Assim, apesar da Liga conseguir coibir conflitos armados entre seus poucos Estados membros, não tinha força (política) para conseguir utilizar medidas de imposição da não- utilização da força armada por Estados não membros conforme previa o Artigo 10 de seu Pacto constitutivo:

> Os Membros da Sociedade comprometem-se a respeitar e manter contra toda agressão externa a integridade territorial e a indepen-

> dência política presente de todos os Membros da Sociedade. Em caso de agressão, ameaça ou perigo de agressão, o Conselho resolverá os meios de assegurar a execução desta obrigação.

Era estabelecido um sistema de autotutela coletiva, ainda que ineficiente para evitar a agressão de não membros contra os membros. Em seu *A Paz pelo Direito*, Kelsen observa que "as experiências da Liga das Nações mostram que, na medida em que ela não compreende todos os Estados ou pelo menos, toda as grandes potências, é necessário fazer clara distinção entre a manutenção da paz entre os membros e a proteção contra a agressão vinda de fora" (KELSEN, 2011, p. 51).

A ausência de previsão e de possibilidade de cumprimento de sanção tornava a Liga das Nações um ente cujo ordenamento jurídico não atendia à condição de eficácia destacada por Kelsen para a validade de um sistema:

> A eficácia da ordem jurídica total é uma condição, não um fundamento, para a validade de suas normas constituintes. Essas normas são válidas não porque a ordem total é eficaz, mas porque elas são criadas de uma maneira constitucional. Elas são válidas, porém, apenas sob a condição de que a ordem social seja eficaz (KELSEN, 2005, p. 174).

Sendo o elemento coercitivo essencial em uma ordem para que seja Direito, tal força deve possível de controlar a conduta dos sujeitos a qual as normas jurídicas de um sistema se destinam, no caso, tais sujeitos seriam os Estados. Não havendo sanção que obrigasse os Estados a tomarem certa conduta, principalmente por permitir o *jus ad bellum,* nota-se que na melhor das hipóteses a Liga das Nações constituía um Direito sem eficácia, se reduzindo a uma letra morta (OROPEZA, 1976, p. 102), não conseguindo cumprir o propósito de evitar uma nova guerra mundial, eclodida em 1939.

Em outro ponto de vista, Bilfinger critica esta posição adotada por Kelsen, ao defender que o sistema internacional não tem como se estruturar caso o direito à guerra seja abolido. O Direito Internacional teria validade apenas em momentos de paz, pois qualquer ideia de poder coercitivo em uma comunidade de Estados afrontaria a igualdade entre Estados. A

guerra não poderia ser tutelada pelo Direito Internacional em razão de não ser um instituto jurídico.

> Cas le droit des gens est um ordre de paix, em outre, l'idée de coercition contre dês Etats indépendants est em contradiction avec La notion de l'indépendance dês Etats; c'est pourquoi La guerre est en soi um phénomène politique, est non pas, jê Le repete, une institution du droit dês gens (BILFINGER, 1938, p. 146).

Um Estado sem poder pegar em armas contra outro Estado seria um ente sem independência e consequentemente incapaz do exercício de sua soberania. Uma organização entre os Estados com poderes para regular o uso da força e tendo um recurso coercitivo seria uma violação ao seu direito de poder buscar uma reparação internacional por meio da força. Neste sentido, ao retirar o *jus ad bellum* de um Estado, haveria também a retirada do seu direito de represália, tornado a comunidade dos Estados ineficiente.

Bilfinger defende que para que este paradoxo não ocorra, a guerra não deve ser tutelada pelo direito internacional, pois teria um caráter predominantemente político, evitando assim uma contradição jurídica entre o direito de buscar a reparação de um Estado contra o direito de outro Estado a se conservar. Neste caso, seria incorreto afirmar que um Estado tem o direito de buscar a reparação contra outro, "car cet autre Etat, dans le cas donné, fera également valoir sa propre souverainete et son indépendance et, s'il possede la force nécessaire, se protégera contre les sanctions ou les represailles" (BILFINGER, 1938, p. 146).

A negação à subordinação ao pacto demonstra que o Pacto da Liga das Nações não seria um instrumento jurídico e sim político. O Pacto da Liga das Nações representava, para Bilfinger, uma ruptura com os princípios da independência e legalidade entre os Estados. Tal entendimento encontrava base no paradigma da suprassoberania do Estado hegeliano. Ao tentar instituir um ente que limitasse o poder do Estado nas relações internacionais, a Liga das Nações não poderia regulamentar ao que não fosse regulamentável. Em outras palavras, não se poderia instituir o Direito em fatos estritamente políticos, como a guerra.

Esta formulação teórica seguia a doutrina clausewitiana da guerra como continuação da política, sendo um instrumento de exercício da so-

berania. Nesta mesma direção, a teologia política de Schmitt defendia o decisionismo do governante como aquele detentor do direito de exercício da soberania, vinculando a Constituição à sua vontade.

3 O SOBERANO E A EXCEÇÃO EM SCHMITT

Para Carl Schmitt o soberano é aquele que decide sobre o estado de exceção. Este seria o verdadeiro sentido da soberania. Somente pode se dizer soberano aquele que decide se o Direito é aplicável ou não em situações emergenciais. E caso não possa ser aplicado o Direito, o soberano decide as regras a serem aplicadas.

A soberania, no conceito desenvolvido por Carl Schmitt (2005, p. 18), é o poder não derivado de nenhum outro, mais elevado e legalmente independente. O grande problema da soberania residiria no contraste entre as formas jurídicas e a decisão, que verdadeiramente caracterizava o poder soberano do Estado. O Estado deve existir para manter sua própria incolumidade nos tempos de crise e assegurar a ordem social.

Segundo Schmitt (2005, p. 5):

> Sovereign is he who decides on the exception. I Only this definition can do justice to a borderline concept. Contrary to the imprecise terminology that is found in popular literature, a borderline concept is not a vague concept, but one pertaining to the outermost sphere. This definition of sovereignty must therefore be associated with a borderline case and not with routine. It will soon become clear that the exception is to be understood to refer to a general concept in the theory of the state, and not merely to a construct applied to any emergency decree or state of siege

Nesse sentido a soberania tem um caráter estritamente político, estando acima do poder de criação do direito. O Estado de Direito de Schmitt tinha características também formalistas, como a necessidade da legalidade, em que o Estado só deve atuar dentro do que a lei permite:

> All law is "situational law. " The sovereign produces and guarantees the situation in its totality. He has the monopoly over this

> last decision. Therein resides the essence of the state's sovereignty, which must be juristically defined correctly, not as the monopoly to coerce or to rule, but as the monopoly to decide. The exception reveals most dearly the essence of the state's authority. The decision parts here from the legal norm, and (to formulate it paradoxically) authority proves that to produce law it need not be based on law (SCHMITT, 2005, p. 13).

A atuação por sua vez obedecia às normas bem estabelecidas pela Constituição, que fechava a ordem jurídica. Em razão dessas competências de atuação estabelecidas constitucionalmente, era possível o controle mútuo do poder (KÉRVERGAN, 2006, p. 25).

O Estado "do" Direito pode existir e suas normas podem ser aplicadas em situações normais. Todavia, excepcionalidades fáticas modificavam o poder de atuação do Estado. Entre alguns fatores, o principal motivo pelo qual o Estado e o Direito não eram coincidentes era a emergência. A emergência é uma situação fática de exceção na qual o Estado se encontra em grande perigo e é necessária a atuação da autoridade para evitar seu perecimento. Esta autoridade, que é a que decide quando há e quando não há o estado de exceção, é o autêntico soberano. É aquele que decide quando o *Rechtsstaat* tem vigência, a normalidade e quando sua vigência é suspensa, a exceção. Além disso, é o que decide o que vigora como Direito no estado de exceção.

A exceção não pode ser prevista pela ordem jurídica, já que é uma situação fática inesperada e por isso não pode o Direito vigente tentar delimitá-la. Essa situação é sempre extrema, quando há um efetivo perigo à existência do Estado, ou algum outro risco de natureza semelhante. O Direito assim não tem como prever a exceção que ameaça o Estado, e como não tem como prever, não pode determinar diretrizes normativas para limitar a atuação do governante nessas situações, uma vez que a autoridade é responsável pela manutenção da "vida" do Estado.

Essa situação excepcional é o que na verdade define a soberania. É neste extremo que o problema da soberania emerge, e a sua verdadeira titularidade pode ser percebida. O soberano está contido na constitucionalidade do Estado, pois é ele que decide sobre a eficácia da Constituição. Este poder de decisão é o que caracteriza o soberano,

razão pela qual este poder é político e não jurídico, já que a exceção, o campo criado pelo soberano para solucionar uma crise, não é uma questão jurídica.

Veja-se pela ideia de guerra em Schmitt. Kervégan compreende o conceito de guerra em Schmitt próxima ao desenvolvido anteriormente por Clausewitz: "a guerra total, observa Schmitt desde antes da Segunda Guerra Mundial, exige a criminalização o adversário; ela o desacredita política e moralmente, e assim o priva, antecipadamente, de todas as garantias que lhe eram reconhecidas" (KERVÉGAN, 2006, p. 177).

Nesse aspecto, é possível notar uma a ideia política de guerra se coaduna com o fundamento da ordem jurídica para Schmitt: a decisão. A decisão não se prende à normatividade. Se o Direito está suspenso, a razão é a conservação do Estado, que em situações normais não poderia atuar (exercer sua soberania interna amplamente), para se manter. Nesta direção, prender-se à normatividade é colocar em risco a existência do Estado perante outros, uma vez que o soberano deve tomar as medidas necessárias para que o Estado não se esfacele.

A norma é assim superada pela exceção, porque "não existem normas que possam ser aplicadas no caos" (SCHMITT, 2005, p. 13). A decisão então fundamenta o ordenamento jurídico, pois é a decisão que delimita aplicação total ou parcial da Constituição conforme a necessidade de defesa do Estado, e ainda, nos casos em que o Direito for suspenso, como o Estado deve agir para se conservar.

4 O TOTALITARISMO COMO EXPRESSÃO DA NEGAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL

As consequências empíricas destas teorias desenvolvidas na Alemanha por Schmitt e Bilfinger são verificáveis a partir de 1939 com a eclosão da Segunda Guerra Mundial. A manifestação empírica do problema da concepção extremada da soberania resultou nos fenômenos totalitários do Século XX. A suprassoberania, conforme Liziero (2017, p. 72), é "o poder ilimitado solipsista do Estado acrescido do culto ao Estado existente, seja qual for sua forma de manifestação". A soberania, nesta concepção é vista como o todo, pois o Estado é o todo da sociedade, resultado de uma dialética racional, conforme anteriormente explorado.

O totalitarismo surge no Século XX como um modelo de Estado que rompe com os pressupostos liberais (especialmente o que diz respeito à separação entre indivíduo e Estado) e que eleva a sua soberania ao ápice ao reestruturar as relações sociais. O modelo totalitário é antiliberal, anti-moderno e anti-constitucionalista. Fruto de uma consequência gerada pelo capitalismo exacerbado e por tensões bélicas que tornaram a vida nesses Estados insegura, o Estado totalitário é um fenômeno que permitiu a partir de sua queda uma redefinição do Estado e da soberania na contemporaneidade.

Delimitado em linhas comuns por vários estudiosos, o Estado totalitário no Século XX assumiu diferente formas, legitimado por pressupostos diferentes. Os três modelos mais comuns na primeira metade do Século XX foi o Fascismo na Itália, o Stalinismo socialista na União Soviética e o Nacional-socialismo ou Nazismo na Alemanha. Apesar de traços comuns que os permitem se identificar com o modelo totalitário, cada qual tem traços diferentes e possui uma específica teoria do Direito e do Estado.

A inversão do "reino do indivíduo" rompe com o paradigma sob o qual foi edificado o Estado Moderno e Liberal. Em torno de direitos dos indivíduos o Estado Moderno se edifica e, ainda que sejam diversas as concepções de legitimidade, o atomismo social está presente como prima facie em oposição aos deveres do indivíduo com o Estado e com os outros. Esta concepção contratualista não é possível no pensamento totalitário.

No totalitarismo não há a ideia de individualidade separada da de totalidade. O Estado, como referência ética, é o produto do mais perfeito exercício da racionalidade dialética humana. A individualidade é concebida apenas na medida em que pode ser compreendida em relação ao todo. A oposição de direitos individuais somente se admite em uma concepção de direitos individuais que se coaduna com organismo total. Um direito não é fundamental se não está de acordo com as diretrizes emanadas pelo todo, pois o todo é a razão suprema dada pelo processo histórico. Neste contexto, observa Kervégan (2006, p. 68-69):

> Reproduz, ao mesmo tempo, a transposição ou o afastamento das formas tradicionais da política, cujo tipo puro corresponde, sem dúvida, ao Estado absolutista, e uma politização unilateral da existência humana, até então mais ou menos partilhada entre

> o oikos e a polis, entre o público e o privado. O Estado total é, simultaneamente, um Estado dotado de um poder inédito, que lhe permite controlar não apenas a expressão das idéias, mas o próprio pensamento.

Ao se deslocar o foco para o espaço público objetivo, o totalitarismo modifica a relação sujeito-objeto kantiana. O totalitarismo rompe com as separações teóricas do liberalismo clássico, sendo que a unificação depende de uma concepção absoluta da realidade. Nesse caso, a autonomia moral kantiana é desconstruída e elevada a uma objetividade que se funde com a objetividade política do Estado e do Direito. Neste sentido, as fronteiras entre o Direito e a Ética são destruídas, pois no fascismo o que é estatal é ético e o que é ético é estatal.

O fenômeno da massa apática politicamente, gerada por fatores decorrentes do modo de viver a vida liberal, como uma preocupação interna aos interesses pessoais do que com a coisa pública e a miséria pelo flagelo da guerra que assolava os povos europeus no início do Século XX, possibilitou o desaparecimento das classes nas sociedades totalitárias, pois a ausência do interesse comum de pessoas nas organizações civis configurou um conjunto humano despolitizado, que com isso poderia ser politizado mais facilmente com certos mecanismos do detentor do poder.

De acordo com Steiner (1988, p. 130), "todo impulso de massa na política moderna, todo plano totalitário, alimenta-se do nacionalismo". Neste raciocínio é possível compreender a vinculação entre o nacionalismo e o totalitarismo; o nacionalismo como modo de expressão maximizada da soberania estatal (e negadora da juridicidade do Direito Internacional) pode ser entendido como causa para o surgimento do fenômeno totalitário.

A multidão sem lideranças próprias, em grande quantidade, tornou possível a assimilação e o controle do Estado por uma determinada ideologia que ditava o futuro e os rumores do Estado. O povo no Estado totalitário é instrumentalizado para garantir a continuidade do regime. Se o homem não é o fim em si mesmo, mas sim um instrumento do Estado, a lógica liberal se inverte e toma uma forma ainda mais danosa que a sociedade capitalista gerou da Revolução Industrial ao início do Século XX.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esse trabalhou buscou apresentar alguns breves aspectos de concepções teóricas de Bilfinger e Schmitt no pensamento negacionista do Direito Internacional e sua consequência, a possibilidade de aceitação do totalitarismo. Pode-se inferir, ainda que de modo a ser desenvolvido com mais pormenores em posterior pesquisa, que o Direito internacional busca proteger os próprios Estado do surgimento do totalitarismo em seus âmbitos, ainda que em sua manifestação meramente política.

A comunidade internacional pode, neste sentido, ser compreendida como resultado das vontades dos Estados. Ela tais vontades e se constitui em síntese. O Estado, de encontro à filosofia política hegeliana, não poderia ser o produto último da racionalidade. O fenômeno de constitucionalização do direito internacional se torna presente, sobretudo na realidade histórica após 1945.

A alteração paradigmática nas relações internacionais com a emergência da Carta das Nações Unidas em 1945, o que perfez uma enorme vicissitude estrutural na sociedade internacional, requer algum um sob o viés constitucional. A centralização do Direito Internacional é uma tendência crescente, em conformidade com o que observa Ferrajoli (2003).

Ao mesmo tempo o paradoxo se completa ao se notar que a existência de soberania, ao mesmo tempo em que pode provocar antinomias nas relações entre o direito internacional e os direitos nacionais, condiciona e permite a caracterização do ordenamento jurídico internacional em contraposição aos internos. A soberania nos planos exteriores é relativizada tanto quanto no plano interno e o fenômeno normativo constitucionalista pode ser constatado para explicar este relativismo.

REFERÊNCIAS

BILFINGER, Carl. Les bases fondamentales de la communauté des états. *Recueil des cours*, Volume 63 (1938-I).

FERRAJOLI, Luigi. *A Soberania no Mundo Moderno.* São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KÉRVERGAN, Jean-François. *Hegel, Carl Schmitt:* o político entre a especulação e a positividade. Trad. Carolina Huan. Barueri: Manole, 2006.

KELSEN, Hans. *A Paz pelo Direito*. Trad. Lenita Ananias do Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

KELSEN, Hans; CAMPAGNOLO, Umberto. *Direito Internacional e Estado Soberano.* Org. Mario Losano. Trad. Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LIZIERO, Leonam Baesso da Silva. *A Soberania no Estado Contemporâneo*. Porto Alegre: Fi, 2017.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. A Soberania através da História. In: MELLO, Celso D. de Albuquerque (org.). *Anuário Direito e Globalização 1:* A Soberania. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

OROPEZA, Jose Herrera. *Politica y Conflictos Internacionales.* Caracas: Edicones del Congreso de La República, 1976.

SCHMITT, Carl. *Political theology:* four chapters on the concept of sovereignty. Trad. de George Schwab. Chicago: University of Chicago Press, 2005.

SEITENFUS, Ricardo. *Manual das Organizações Internacionais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SOARES, Guido. *Curso de Direito Internacional Público.* Vol. 1. São Paulo: Atlas, 2002.

STEINER, George. *Linguagem e Silêncio:* ensaios sobre a crise da palavra. Trad. Gilda Stuart. São Paulo: Cia das Letras, 1988.

.

A CONVENÇÃO DE HAIA SOBRE ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS

Adriano Selhorst Barbosa

1. Introdução

O processo de globalização é responsável pela aproximação da sociedade internacional, seja nos transportes ou comunicações, os Estados estão cada vez mais próximos. Em meio a este processo, torna-se cada vez mais comum o trânsito de pessoas em Estados diversos de sua nacionalidade. Consequentemente temos o aumento das relações entre cidadãos de diversos Estados, bem como famílias concebidas com membros de diferentes nacionalidades e a colisão de normas de direito interno.

Observada a facilidade de retorno ao estado de origem, não é incomum que um dos genitores se desloque com uma criança, sem a ciência do outro responsável. Levando em conta as diversas leis internas cabíveis e a gravidade do litígio, foi fundamental a criação da Convenção sobre Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças. Nesse sentido, merece destaque o papel da Convenção de Haia na efetivação de tratados, dada sua importância histórica desde o início do século XX.

A Convenção sobre Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída em Haia (1980) e formalmente instituída no Brasil através do Decreto Federal nº 3.413/2000, tem real importância na resolução dos conflitos retromencionados.

Considerando ainda, que, a intensificação das relações internacionais

e de Direito Internacional não retrocede, é inevitável que os litígios como o sequestro de crianças sigam tal aumento, como já é observado estatisticamente. Conforme estudos da Convenção de Haia, os pedidos de retorno de crianças realizados através dos mecanismos do tratado, entre 2003 e 2008, aumentaram 56%, entretanto países como Romênia e México, no mesmo período, tiveram um aumento superior a 500%[94].

2. A Convenção sobre Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças

A convenção sobre Aspectos Civis do Sequestro Internacional de crianças foi concluída em 25 de outubro de 1980, após longos debates sobre o tema. Apenas três anos depois entrou em vigor no plano internacional e foi promulgada pelo Brasil em 14 de abril de 2000, através do já citado Decreto Federal nº 3.413/2000.

Nesse momento, é necessária cautela na tradução do termo "abduction" para o português. Apesar da utilização do termo "sequestro", esta tradução por vezes denota condutas diversas e por vezes ainda mais graves. Para fins de desambiguação didática e linguística, cabe pormenorizar as condutas diversas, para então adentrar no tema proposto.

Apesar de o Brasil prever no art. 249 do Código Penal, o crime de Subtração de incapazes, este não se conecta aos aspectos civis previstos na Convenção de Haia. Entretanto, convêm observar a faculdade prevista no parágrafo segundo:

> Art. 249 - Subtrair menor de dezoito anos ou interdito ao poder de quem o tem sob sua guarda em virtude de lei ou de ordem judicial:
>
> [...]
>
> § 2º - No caso de restituição do menor ou do interdito, se este não sofreu maus-tratos ou privações, o juiz pode deixar de aplicar pena.

No mesmo sentido, cabe desde já fazer o distanciamento de outras condutas ilícitas, como bem faz Gaspar (2013, p.354):

94 Pesquisa disponível em: http://www.hcch.net/upload/wop/abduct2011pd08ae.pdf Acesso em 10/02/2015.

> Importante distinção se faz entre o sequestro internacional de menores e o tráfico internacional de menores, pois os aspectos civis do primeiro não se confundem com a conduta criminosa do segundo, vinculada ao interesse econômico por meio da escravidão e da exploração sexual de diversas formas.

O termo originado de "abduction", tem como objeto a retirada da criança de seu Estado de residência legal, ou permanência em Estado diverso, mediante o abuso do poder parental, pelo responsável que não possui sua guarda permanente.

Apesar da ilegalidade contida em tal ato, não se busca na convenção a criminalização da conduta, motivo pelo qual é importante o afastamento do Código Penal brasileiro. Como explica MERIDA (2011), em estudos anteriores à convenção, foi utilizado o termo "rapto legal de crianças" ou "legal kidnapping". Contudo, a nomenclatura possui um sentido amplo e tendencioso a criminalização, fato danoso ao interesse da criança, e, portanto, incabível.

Após a breve exposição da mens legis da Convenção, é possível adentrar no objeto da convenção. Parece inequívoco que, a devolução da criança a sua residência habitual de forma célere, segura e não traumática é basilar na convenção, confira-se:

> Artigo 1º A presente Convenção tem por objetivo:
>
> a) assegurar o retorno imediato de crianças ilicitamente transferidas para qualquer Estado Contratante ou nele retidas indevidamente;
>
> b) fazer respeitar de maneira efetiva nos outros Estados Contratantes os direitos de guarda e de visita existentes num Estado Contratante.

Apesar da preocupação com o direito parental, o enfoque se dá na preocupação com o bem-estar da criança. Os reflexos da abdução da criança devem ser evitados a todo custo, principalmente no que diz respeito à restrição de seus vínculos sociais e familiares, constituídos em sua residência habitual. Isto, porque, o afastamento da convivência e dos costumes, acabar por ter um profundo impacto na sua criação e em suas relações afetivas.

Esta acepção é em grande parte, devida ao Princípio do Melhor interesse da Criança. Este princípio foi inserido no ordenamento jurídico internacional através da Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959:

> *Segundo o entendimento do constitucionalista Luis Roberto BARROSO, o princípio do melhor interesse da criança teve sua origem na Declaração Universal dos Direitos da Criança, adotada pela Organização das Nações Unidas – ONU no ano de 1959. O best interest of the child ou princípio do melhor interesse da criança, deve ser regularizado nas verdadeiras necessidades da criança envolvida. O bem-estar da criança deverá ser garantido, deixando qualquer interesse relativo aos pais para o segundo plano. Ou seja, o interesse da criança deverá se sobrepor ao de seus pais. (TONINELLO, 2007, p. 3)*

O mesmo entendimento foi inserido de forma análoga no Estatuto da Criança e Adolescente e, estabelece como um dever generalizado a prioridade para com a criança:

> Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

A convenção utiliza da forma contínua este princípio, para dirigir a aplicação das medidas dispostas para recuperação da criança alvo do sequestro, como será visto *a posteriori* neste trabalho.

Voltando ao sequestro internacional, apesar da gravidade do assunto no direito interno, a subtração de crianças angaria maior atenção no plano internacional em virtude da acentuada dificuldade de seu retorno a residência habitual. Antes da convenção todo procedimento se realizava por cartas rogatórias, traçando um longo e oneroso caminho, que por vezes podia tornar o processo inócuo.

Neste ponto a Convenção possibilitou uma verdadeira mudança na forma de cooperação internacional, visto que não se restringiu apenas a

identificar a jurisdição ou padronizar o procedimento. A própria Convenção regulamenta e cria um mecanismo administrativo para cooperação internacional entre os Estados, facilitando a recuperação da criança, de forma rápida e com o mínimo de trauma.

2.1 Direito de Guarda

A Convenção de Haia define o Direito de Guarda como aquele atribuído a pessoa, instituição ou qualquer organismo individual e/ou conjuntamente, pela lei do Estado onde a criança teve sua residência habitual constituída. Tal conceito busca dar maior amplitude ao Direito de Guarda, diminuindo ao mínimo sua restrição e deixando a critério da norma interna definir quando existe o Direito de Guarda. Neste sentido, é claro e reiterado a utilização do princípio da residência habitual, exemplificado por Merida (2011, p.262):

> Cada caso que é trazido ao abrigo da Convenção de Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças requer a determinação da residência habitual da criança em questão. A definição de residência habitual é a chave para o funcionamento de todos os aspectos da Convenção, e ainda não é um termo bem definido na própria Convenção. A escolha da residência habitual de uma criança consiste basicamente em, prima facie, encontrar um mecanismo de retorno dela, totalmente adequado. Qual é o local para onde um tribunal deve enviar uma criança transferida ou retida, senão para o habitat e para a sociedade dos quais ela era membro? O sucesso dos doutrinadores não estava tanto em focar em sua residência habitual, mas em não incluir qualquer alternativa de vinculação. Desse modo, a futura Convenção estava assegurada de uma medida de segurança marcadamente ausente de outros instrumentos contemporâneos.

No Brasil, existe larga previsão dos direitos referentes à família, a guarda e a criança. Na Constituição Federal já se reconhece, no artigo 226, especial proteção à família pelo Estado. Todavia, não se trata apenas de um direito, mas de um dever de assegurar à criança todos os direitos básicos (art. 227 CF). No mesmo sentido o art. 1.630 do Código Civil,

atribui originariamente o poder familiar a ambos os pais. Ressalta-se, que, atualmente com os novos reconhecimentos de unidade familiar, tais poderes se tornam ainda mais abrangentes. O próprio Estatuto da Criança e Adolescente regula várias formas de guarda, seja pela família ou responsável.

No que se refere a convenção, o artigo 3º já elenca que, o Direito de Guarda, pode resultar de pleno direito, decisão judicial ou administrativa, ou ainda de acordo vigente segundo as normas de direito do Estado. Por todos os ângulos se vislumbra que o Direito de Guarda não pretende ser restritivo, visto que sua importância se observa na execução dos deveres para com a criança, bem como, decidir sua residência (art. 5 da Convenção).

Oportuno observar o artigo 1.634, inciso VIII do Código Civil, que manifesta a legitimidade daquele que possui o poder familiar, reclamar quem ilegalmente detenha a criança. Constatada a teia de proteção normativa no direito interno, cumpre-se apontar o entendimento basilar trazido na carta magna, que melhor sintetiza o tema:

> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Apesar do extenso tratamento dos direitos no Estatuto da Criança e Adolescente, que taxativamente impõe os direitos pertinentes, tal análise se afastaria do objeto central deste estudo, a aplicação da convenção.

2.1.1 Violação do Direito de Guarda

De acordo com o art. 3º da Convenção, a transferência ou permanência da criança será considerada ilícita quando houver a violação do Direito de Guarda:

> a) tenha havido violação a direito de guarda atribuído a pessoa ou a instituição ou a qualquer outro organismo, individual ou conjuntamente, pela lei do Estado onde a criança tivesse sua residência habitual imediatamente antes de sua transferência ou da sua retenção; e
>
> b) esse direito estivesse sendo exercido de maneira efetiva, individual ou em conjuntamente, no momento da transferência ou da retenção, ou devesse está-lo sendo se tais acontecimentos não tivessem ocorrido.

A partir da análise conjunta, é interessante observar que a preocupação gira em torno do exercício do poder de guarda, sendo que estivesse sendo exercido, ou no caso de ser impedido pelos acontecimentos. Portanto, não basta o mero direito formal, mas sua efetiva execução.

Como observado, o poder-dever da guarda deve estar em funcionamento para possibilitar seu enquadramento pela convenção. Utilizando o exemplo brasileiro, é necessário que a guarda possibilite acesso à cultura, lazer, respeito, convivência comunitária e tantos outros direitos fundamentais, como os tratados na constituição, para que seja reconhecida a guarda efetiva.

3. Aplicação da Convenção de Haia

Além dos requisitos inerentes a guarda, a aplicação da Convenção se restringe a dois fatores para concretizar sua aplicação.

O primeiro requisito é a residência da criança em um dos Estados contratantes da Convenção, antes da sua abdução. Atualmente são noventa e três Estados contratantes em todo o mundo, um número alto, mas que poderia ser mais abrangente dada à importância do objeto da Convenção[95].

O outro requisito é a idade da criança, visto que o art. 4 da convenção cessa a aplicação da Convenção após os 16 anos. Importante aduzir aqui o significado de criança, conforme a Convenção sobre Direitos da Criança (Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990) é todo ser humano

95 Lista completa dos Estados disponível em: www.hcch.net. Acesso em: 27/05/2015

com menos de dezoito anos de idade. Apesar do Estatuto da Criança e do Adolescente fazer a separação em criança e adolescente, conclui-se que deve ser utilizado o conceito menos restritivo de Direitos. Por este motivo a convenção utiliza apenas criança e este trabalho, por conseguinte faz apenas uso deste termo. Ainda neste sentido, já existe entendimento de aplicação dos instrumentos da convenção a pessoa com até 18 anos, por decisão unilateral do Estado. (RODAS, MÔNACO, 2007).

3.1 Autoridades Centrais

Para a execução célere e precisa do disposto na Convenção, ficou incumbido a cada Estado designar uma Autoridade Central, encarregada de centralizar e cumprir as obrigações da Convenção, conforme seu artigo 6º.

A jurisdição das Autoridades Centrais permite a cooperação direta entre os Estados e respectivas autoridades locais, evitando a burocracia. A convenção disciplina a competência da Autoridade Central (ACAF) da seguinte forma:

> *a) localizar uma criança transferida ou retida ilicitamente;*
>
> *b) evitar novos danos à criança, ou prejuízos às parles interessadas, tomando ou fazendo tomar medidas preventivas;*
>
> *c) assegurar a entrega voluntária da criança ou facilitar uma solução amigável;*
>
> *d) proceder, quando desejável, à troça de informações relativas à situação social da criança;*
>
> *e) fornecer informações de caráter geral sobre a legislação de seu Estado relativa à aplicação da Convenção;*
>
> *f) dar início ou favorecer a abertura de processo judicial ou administrativo que vise o retomo da criança ou, quando for o caso, que permita a organização ou o exercício efetivo do direito de visita;*
>
> *g) acordar ou facilitar, conforme ás circunstâncias, a obtenção de assistência judiciária e jurídica, incluindo a participação de um advogado;*
>
> *h) assegurar no plano administrativo, quando necessário e oportuno, o retorno sem perigo da criança;*

> *i) manterem-se mutuamente informados sobre o funcionamento da Convenção e, tanto quanto possível, eliminarem os obstáculos que eventualmente se oponham à aplicação desta.*

Em atendimento a convenção, o Brasil, através do Decreto nº 3.951 de 04 de outubro de 2001, designou a Secretaria de Direitos Humanos como Autoridade Central. Este decreto além de regulamentar a atuação da Autoridade Central no Brasil, cria o Conselho da Autoridade Central Administrativa Federal (ACAF) contra o Sequestro Internacional de Crianças.

No ano de 2014 foi criada a Comissão Permanente sobre Subtração Internacional de Crianças, através da Portaria nº 34/2014, com objetivo de estudar, prevenir e propor novas medidas acerca da abdução de criança no âmbito internacional e a convenção de Haia.

3.2 Competência

Como observado, a Convenção é aplicada pela respectiva Autoridade Central de cada Estado. Entretanto, no que compete a decisão de guarda, ela segue o princípio da residência habitual da criança disposto no art. 16:

> Depois de terem sido informadas da transferência ou retenção ilícitas de uma criança, nos termos do Artigo 3, as autoridades judiciais ou administrativas do Estado Contratante para onde a criança tenha sido levada ou onde esteja retida não poderão tomar decisões sobre o fundo do direito de guarda sem que fique determinado não estarem reunidas as condições previstas na presente Convenção para o retorno da criança ou sem que haja transcorrido um período razoável de tempo sem que seja apresentado pedido de aplicação da presente Convenção.

Deste modo, é possível evitar o "forum shopping", ou seja, a escolha da jurisdição mais benéfica à parte (LIMA,2014). Assim como são evitadas decisões obtidas de forma fraudulenta no Estado de refúgio, ao impossibilitar as decisões de mérito que legitimem a usurpação da guarda.

Apesar disso, existem exceções, em que o mérito do direito de guarda possui julgamento diverso, como não ausência de comprovação dos

requisitos ou a realização intempestiva do pedido. Ainda, o atendimento aos requisitos para o retorno pode esbarrar nas exceções elencadas na própria convenção de Haia, e posteriormente tratadas neste trabalho. Se for o caso, então a competência é atraída a autoridade local que poderá decidir a guarda.

O disposto na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, no qual "*A lei do país em que domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família*", deixa clara a competência no domicílio.

Apesar disso, até pouco tempo, existia controvérsia no direito brasileiro, sobre a concorrência positiva entre a Justiça Federal e Estadual. O Superior Tribunal de Justiça acabou por sanar essa questão, ao decidir o Conflito de Competência nº 64.012:

> Conflito positivo de competência. Justiça Federal. Justiça Estadual. Guarda de menor. 1. O conflito positivo de competência está caracterizado em razão da existência de duas demandas, que tratam da guarda da menor, configurada a conexão prevista no artigo103 do Código de Processo Civil. De rigor, portanto, a reunião dos feitos (artigo 105 do Código de Processo Civil). A presença da União Federal como autora de uma das ações impõe a competência da Justiça Federal para o julgamento das demandas, tendo em vista a exclusividade do foro, prevista no artigo 109, I, da Constituição Federal. 2. Conflito conhecido e declarada a competência do Juízo Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Tocantins para o julgamento das ações. *(STJ - CC: 64012 TO 2006/0101782-5, Relator: Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Data de Julgamento: 27/09/2006, S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJ 09/11/2006 p. 250RSTJ vol. 206 p. 236)*

De forma complementar, Araújo (2014, p. 2) esclarece de forma prática a destinação da competência, confira-se:

> *Por isso, embora os pedidos de guarda sejam da alçada da justiça estadual, a justiça federal atrai para si o julgamento dessas ações, quando houver um pedido de retorno com base na convenção. Essa situação, que causou bastante celeuma por alguns anos, foi pacificada pelo STJ no julgamento*

> *de um conflito de competência n. 100.345, no qual o M. Luis Felipe Salomão, em voto cuidadoso e sensível aos aspectos especiais do caso, decidiu que por estar demonstrada a conexão entre a ação de busca, apreensão e restituição com aquela que cuidava da guarda, ambas com o objeto comum, impunha a reunião dos processos, para evitar decisões conflitantes e incompatíveis entre si. E na linha já clássica da via atrativa da Justiça Federal, decidiu que esta reunião deveria ser nesta última, por conta da disposição constitucional acima citada.*

4. Procedimento prático para aplicação da Convenção

Constatada a violação do direito de guarda e o preenchimento dos requisitos citados anteriormente, é facultado a qualquer pessoa ou instituição solicitar assistência a Autoridade Central. Pela lógica, esse pedido é remetido à Autoridade Central de residência habitual da criança, entretanto, em caso de solicitação a Autoridade Central de Estado diverso, essa se compromete a encaminhar o pedido.

A Autoridade Central Brasileira disponibiliza em seu próprio site, formulário e lista de documentos necessários, para facilitar o encaminhamento do pedido. Todavia, a própria convenção elenca de forma taxativa as informações e documentos necessários para realizar a solicitação, os quais:

> Artigo 8º [...] O pedido deve conter:
>
> a) informação sobre a identidade do requerente, da criança e da pessoa a quem se atribuí a transferência ou a retenção da criança;
>
> b) caso possível, a data de nascimento da criança;
>
> c) os motivos em que o requerente se baseia para exigir o retomo da criança;
>
> d) todas as informações disponíveis relativas à localização da criança e à identidade da pessoa com a qual presumivelmente se encontra a criança.

O pedido pode ser acompanhado ou complementado por:

> e) cópia autenticada de qualquer decisão ou acordo considerado relevante;
>
> f) atestado ou declaração emitidos pela Autoridade Central, ou por qualquer outra entidade competente do Estado de residência habitual, ou por uma pessoa qualificada, relativa à legislação desse Estado na matéria;
>
> g) qualquer outro documento considerado relevante.

A convenção trata este pedido com total urgência e disciplina que deve ser alcançada uma decisão no prazo máximo de até 6 (seis) semanas. Se for o caso, qualquer uma das Autoridades Centrais pode solicitar uma declaração acerca das razões da morosidade a Autoridade responsável pela decisão administrativa ou judicial, conforme artigo 11 da Convenção.

Importante ressaltar, que, a convenção veda a cobrança de qualquer custa no processo realizado pela Autoridade Central, sendo facultada apenas a cobrança de valor, se relacionado a despesa de retorno da criança. Com este fundamento, a autoridade brasileira optou por requerer a condenação, da parte responsável pela subtração da criança, ao pagamento de todos os custos referentes ao processo de busca e retorno do menor.

A convenção prevê a participação dos Estados através de duas formas de cooperação. Nos casos recebidos é dita Cooperação Passiva; e nos casos encaminhados, Cooperação Ativa. No caso da cooperação passiva, primeiramente a Autoridade Central do Estado de residência habitual da criança, recebe o pedido do requerente. Caso a solicitação esteja de acordo com os requisitos supracitados da Convenção, a mesma pede formalmente a cooperação à Autoridade Central Brasileira (Secretaria Especial de Direito Humanos).

Recebido o pedido pela Autoridade Central, a Interpol é contatada para confirmar o endereço da criança abduzida. Confirmada a localização no Brasil, a Autoridade Central analisa se foram cumpridos todos os requisitos indispensáveis, sob pena de devolução do pedido a Autoridade Central estrangeira. Se ficar comprovado a existência de risco para a criança, o caso é enviado para acompanhamento do Ministério Público Federal (MPF).

Atendido os requisitos, a Autoridade Central verifica a urgência da demanda, se for constatada, é remetida diretamente a Advocacia-Geral

da União (AGU). Não sendo verifica esta urgência, a Autoridade Central notifica o responsável pela abdução da criança para apresentar defesa administrativa e depois é possibilitada a mediação.

Seja por urgência ou falta de êxito na mediação, o caso é encaminhado a Advocacia-Geral da União (AGU), departamento internacional, que verifica os requisitos essenciais ao ajuizamento da ação. Podem ser solicitadas maiores informações a Autoridade Central, para sanar questionamentos no caso. Entretanto, se não for possível sanar a falta de requisitos, o caso é devolvido a Autoridade Central.

Ao entender como viável o caso, a Advocacia-Geral da União (AGU) ajuíza a ação de busca, apreensão e restituição perante a Justiça Federal, conforme inteligência do art. 109, incisos I e III, da Constituição Federal. Após toda instrução processual, o juiz brasileiro prolata a sentença de procedência ou improcedência do pedido. No caso de retorno da criança, a Autoridade Central negocia as condições para o retorno, com auxílio do Ministério das Relações Exteriores (MRE) quando necessário.

No caso da cooperação ativa, a Autoridade Central Brasileira, ao receber o pedido nos termos da Convenção, encaminha o mesmo a Autoridade Central do país no qual se encontra a criança. Sendo facultado o auxílio da Interpol na localização da criança.

O procedimento para o retorno ocorre conforme as regras estabelecidas pelo Estado da Autoridade Central requerida. A Autoridade Central Brasileira é informada de todos os acontecimentos e o repassa ao requerente. Sendo possibilitado o retorno da criança, a Autoridade Central realiza os trâmites com o apoio dos consulados brasileiros quando possível.

5. Exceções da Convenção

Apesar do retorno da criança ser praticamente imperativo quando constatado o caráter ilícito da subtração da criança, ainda sim a Convenção de Haia resguardou algumas exceções à devolução.

O artigo 12 da Convenção faz referência ao prazo inferior a 1 (um) ano entre a subtração e o início do processo, para a ordem de retorno imediato da criança. Após este prazo, ainda existe a pode existir a obrigatoriedade do retorno, entretanto deve ser avaliada a integração da criança com o novo "habitat":

> Artigo 12 [...] A autoridade judicial ou administrativa respectiva, mesmo após expirado o período de um ano referido no parágrafo anterior, deverá ordenar o retorno da criança, salvo quando for provado que a criança já se encontra integrada no seu novo meio.

Apesar de ser clara a preocupação com a celeridade na Convenção, é feita a ponderação quanto aos laços com a nova residência, haja vista o melhor interesse da criança.

Porém, a prática leva a inúmeras questões complexas com a fixação do prazo em 1 ano. Tal contexto leva ao entendimento de dois tipos de subtração, conforme fixação temporal. No caso de pedido com menos de um ano, é considerado o artigo 11º da convenção, que determina o uso de medidas de urgência para o retorno da criança. Quando o pedido for realizado após um ano, é possibilitado a parte, que subtraiu a criança, provar o estabelecimento de laços com a nova residência. Nota-se que a celeridade, do processo de busca da criança, tem máxima importância no retorno ou não da criança.

Outrossim, mesmo que com o complexo processo de busca da criança, seja concedido o procedimento cautelar, existe uma relevante preocupação com o cerceamento da defesa. Isso porque, caso se reverta à decisão, não é de total garantia que a criança seja devolvida ao território. Pelo ônus que se incube ao judiciário, a negativa de tal instrumento não é totalmente incomum.

Deste modo, temos uma pequena lacuna quanto à aplicação cautelar da convenção, que acaba possibilita seu desuso, visto que após 1 (um) ano pode ocorrer o retorno da criança do mesmo modo. Todavia, é necessária grande prudência em tais procedimentos, sob risco de "premiar" o infrator. Ainda no mesmo art. 12 da Convenção, existe outra previsão, pertinente ao caso da criança ter sido levada a outro Estado, que desobriga a Autoridade Central requerida a dar continuidade ao processo. Se for o caso, o Estado pode suspender o processo ou rejeitar o pedido de retorno. Contudo, deve ser dada a devida atenção ao art. 9º da Convenção, que determina a transmissão do pedido, caso o Estado que acredita estar situada a criança, seja contratante da Convenção:

> *"Quando a Autoridade Central que recebeu o pedido mencionado no Artigo 8 tiver razões para acreditar que a criança se encontra em outro Estado Con-*

> *tratante, deverá transmitir o pedido, diretamente e sem demora, à Autoridade Central desse Estado Contratante e disso informará a Autoridade Central requerente ou, se for caso, o próprio requerente."*

Ainda com relação as exceções na devolução da criança, o art. 13 elenca um rol de três exceções à devolução, que podem ser provadas pelo infrator. Sendo o primeiro:

> *"a) que a pessoa, instituição ou organismo que tinha a seu cuidado a pessoa da criança não exercia efetivamente o direito de guarda na época da transferência ou da retenção, ou que havia consentido ou concordado posteriormente com esta transferência ou retenção;"*

A primeira parte trata do já abordado direito de guarda formal não fruído pelo seu detentor. A Convenção é taxativa quanto ao dever-poder de guarda, devendo o mesmo ser aplicado conforme as normas do direito. É claro que tal disposição busca evitar que um dos responsáveis utilize a criança como objeto, a fim de "prender" a outra parte. Portanto mais uma vez vemos o predomínio do Princípio do melhor interesse da criança.

Num segundo momento, é tratada a ideia de arrependimento pela parte que consentiu com o deslocamento. É considerado ineficaz o arrependimento posterior, uma vez que não se pode deslocar a criança ao bel prazer. Tal condição coaduna com a anterior, evitando qualquer possibilidade de utilização da criança como objeto de barganha no relacionamento.

No inciso seguinte temos a preocupação direta com a sujeição da criança a situações traumáticas:

> *"b) que existe um risco grave de a criança, no seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável"*

Como coloca Pérez-Vera (1981, p. 433) no próprio relatório explicativo da Convenção, não há de se falar em atendimento ao princípio de melhor interesse da criança sem lhe dar garantias de estabilidade em sua residência. O primeiro interesse de qualquer criança será o de não ser exposta a risco físico ou psíquico.

Por último, o parágrafo 2º do art. 13, aborda a recusa por parte direta da criança, quando esta já possui condições de discernimento e maturidade:

> *"A autoridade judicial ou administrativa pode também recusar-se a ordenar o retorno da criança se verificar que esta se opõe a ele e que a criança atingiu já idade e grau de maturidade tais que seja apropriado levar em consideração as suas opiniões sobre o assunto. Ao apreciar as circunstâncias referidas neste Artigo, as autoridades judiciais ou administrativas deverão tomar em consideração as informações relativas à situação social da criança fornecidas pela Autoridade Central ou por qualquer outra autoridade competente do Estado de residência habitual da criança."*

A grande problemática se encontra na aferição de maturidade da criança, visto que o erro aqui poderia ser alçado pela alienação parental. Por não haver um marco exato, fica a critério da autoridade o seu convencimento acerca dos requisitos. A orientação da Convenção de Haia, na reunião de Monterrey (2004), entende como restritiva a aplicação deste artigo. Por fim, temos o elencado no artigo 20, que entre todos, é possivelmente o mais problemático em sua análise:

> *"O retomo da criança de acordo com as disposições contidas no Artigo 12° poderá ser recusado quando não for compatível com os princípios fundamentais do Estado requerido com relação à proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais."*

A discricionariedade oportunizada neste artigo permitiria que grande parte da cooperação internacional fosse recusada. Isto porque existem inúmeras divergências quanto à aplicação dos princípios fundamentais, abrindo portas para defesa de um nacionalismo. Entretanto, tal artigo é usado com sabedoria na prática, sendo restrito a casos de larga divergência e comprovada possibilidade de dano ao interesse da criança.

De forma taxativa, é possível sintetizar as possibilidades de a parte infratora impedir o retorno da criança, desde que se compre à autoridade o:

a) Direito de guarda ineficaz do requerente;

b) Consentimento posterior à subtração;

c) Risco ou possibilidade de risco no retorno a residência habitual;

d) Recusa da criança em retornar, desde que observada sua maturidade; e

e) Incompatibilidade entre os direitos fundamentais do Estado requerente e requerido.

6. Prevenção do Sequestro Internacional de Crianças

O Sequestro Internacional de Crianças é um problema social e de responsabilidade do Estado. No Brasil, além do disposto na Convenção acerca da prevenção e do próprio decreto que regulamenta a competência da Autoridade Central, o Estatuto da Criança e Adolescente, artigo 70, dita como dever de todos à prevenção de ameaças a violação dos direitos da criança e do adolescente.

Deste modo, o Brasil é pioneiro na execução de políticas públicas e ações para evitar o sequestro internacional de crianças. Ostensivamente existem dois controles, a emissão do passaporte e a saída da criança do país, regidos pela resolução nº 131/2011 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Para qualquer dos casos, é exigida a autorização de ambos os genitores ou responsáveis, e outras documentações necessárias a sua comprovação. O próprio Estatuto da Criança e Adolescente é bem restritivo a qualquer viagem desautorizada, sendo complementar a resolução supracitada.

Para a entrada de crianças no território brasileiro, existe o mesmo controle no consulado brasileiro correspondente, evitando a entrada de crianças sequestradas.

Ainda assim, o governo brasileiro possui diversas formas de assistência para evitar a ocorrência de violação. O Ministério das Relações Exteriores (MRE) possui o Portal do Retorno, destinado a fornecer informações para quem deseja voltar ao país. Caso exista a necessidade de autorização judicial, pode ser realizada consulta diretamente a Defensoria Pública da União.

7. Direito de Visita

A Convenção de Haia não trata apenas de garantir o Direito de Guarda, mas tem enfoque importante na proteção do Direito a Visita no âmbi-

to internacional. A Convenção de Haia, em seu artigo 5º, define o direito de visita como:

> [...] direito de visita compreenderá o direito de levar uma criança, por um período limitado de tempo, para um lugar diferente daquele onde ela habitualmente reside.

Ambos os direitos utilizam o mesmo procedimento de cooperação através das Autoridades Centrais, mas o ápice da convenção é a sinergia entre os dois direitos. Isto porque o abuso de um dos direitos, geralmente acaba por violar o outro. Ao exorbitar o direito de visita, o responsável restringe o direito de guarda e vice-versa. Então ao mesmo tempo em que preserva o direito de guarda, a convenção age na outra ponta, auxiliando o outro responsável a ter seu direito à visitação da criança.

A convenção acolhe tanto a organização, quanto a proteção efetiva do direito de visita. O procedimento se assemelha ao de recuperação da criança, sendo ambos encaminhados a Autoridade Central. O escopo é diminuir ao máximo os entraves internacionais a execução do direito de visita, desde que atendido os requisitos aos quais se sujeita. No Brasil, a Autoridade Central disponibiliza um site com o necessário para proceder com a proposta de visitas.

8. Considerações Finais

Importante observar a diferenciação entre aspectos civis e criminais, uma vez que a Convenção tem por claro os aspectos civis, uma vez que a responsabilização criminal acaba por afastar os interessados da criança. Nesse sentido, é importante ressaltar a profunda importância e avanço do Estatuto da Criança e Adolescente, que tem aplicação complementar a Convenção, primando por princípios de suma importância, como é o caso do Princípio do Melhor interesse da Criança.

Cumpre destacar que, o conceito de Direito de Guarda, de acordo com a própria Convenção, é aquele resguardado na residência habitual da criança. Não se trata de um direito restritivo, visto que o mesmo pode ser atribuído a pessoa, instituição ou organismo, desde que efetivamente fruído pelo responsável. Como requisitos para a aplicação da Convenção,

além da violação ao direito de guarda, a criança deve ser residente de um dos Estados signatários e possuir idade inferior a 16 anos, observado a exceção por decisão unilateral que permite em idade superior. Em contrário, as exceções ao retorno da criança, se resumem ao direito de guarda não fruído, consentimento posterior a subtração, risco no retorno e incompatibilidade de direitos fundamentais do Estado.

Ao observar a aplicação no estado brasileiro desta convenção, contata-se que o sequestro internacional de crianças é tratado com grande seriedade no âmbito interno e externo, e tem um evoluído processo de retorno. Pelo envolvimento de diversos órgãos se contata a efetiva participação do estado na busca do cumprimento da convenção, bem como a preocupação com a criança.

Referências

Advocacia-Geral da União (AGU). Jurisprudência. Disponível em: www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/119651

Advocacia-Geral da União (AGU). Sequestro Internacional de Crianças. Disponível em: www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/113473

Agência Brasileira de Cooperação. Disponível em: www.abc.gov.br

BARBOZA, Júlia Zomignani. A Convenção de Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças. Disponível em: https://tinyurl.com/y3g2zz6q

BOTINHA, Sergio Pereira Diniz. O direito internacional privado e o sequestro interjurisdicional de crianças. Disponível em: https://tinyurl.com/yxro3ncx

BRASIL. Decreto nº 3.413, de 14 de abril de 2000. Promulga a Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980.

BRASIL. Decreto nº 3.951, de 04 de outubro de 2001.

BRASIL. Código Penal, Decreto lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940.

BRASIL. Estatuto da Criança e Adolescente, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

BRASIL. Constituição Federal de 1988.

BRASIL. Convenção sobre os Direitos da Criança, Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990.

BRASIL. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

Cartilha AGU – Sequestro internacional de Crianças. Disponível em: www.agu.gov.brpagecontentdetailid_conteudo157035

Comentários a Convenção de Haia sobre Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças: https://tinyurl.com/yxof7wya

Comissão Permanente sobre Subtração Internacional de Crianças. Disponível em: https://tinyurl.com/yyocxpah

Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de crianças (Texto Original). Disponível em: www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=24

DE ARAUJO, Nadia. A Convenção de Haia sobre os aspectos civis do sequestro de menores: algumas notas recentes, 2014. Disponível em: https://tinyurl.com/y6yzdaub

DE ARAUJO, Nadia e VARGAS, Daniela. Comentário ao RESP 1.239.777: o dilema entre a pronta devolução e a dilação probatória na Convenção de Haia de Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de menores, 2012. Disponível em: https://tinyurl.com/y5u5d3lc

GASPAR, Renata Alvares e AMARAL, Guilherme. Sequestro internacional de menores: os tribunais brasileiros têm oferecido proteção suficiente ao interesse superior do menor?, 2013. Disponível em: https://tinyurl.com/y3k4bzv2

Hague Conference on Private Internacional Law. Disponível em: www.hcch.net

LIMA, George. Retorno Legal: prevenir a subtração internacional de crianças, 2014. Disponível em: https://tinyurl.com/y2pe3bao

LIMA, George. O debate sobre a aplicação no Brasil da Convenção de Haia de 1980, 2014. Disponível em: https://tinyurl.com/y37kllrm

MELO, Inaiane Cerqueira de. A Convenção sobre Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças e a Aplicação ou não do direito de Guarda e Visitação no Brasil quando da ocorrência de transferência ilícita. Disponível em: https://tinyurl.com/y2pbm3dd

MÉRIDA. Carolina Helena. Sequestro interparental: o novo direito das crianças, 2011. Disponível em: https://tinyurl.com/yxhuwuxc

MÉRIDA. Carolina Helena. Sequestro interparental: princípio da residência habitual. Disponível em: https://tinyurl.com/y29dj2wc

Ministério da Justiça. Cooperação Internacional. Disponível em: www.portal.mj.gov.br

Portal Consular. Disponível em: www.portalconsular.mre.gov.br

Relatório Explicativo Elisa Pérez-Vera. Madrid, 1981.

RODAS, João Grandino. MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos. A Conferência de Haia de Direito Internacional Privado: a participação do Brasil. 2007. Disponível em: https://tinyurl.com/y64s72ax

SIFUENTES, Mônica. Sequestro interparental: a experiência brasileira na aplicação da Convenção de Haia de 1980. Disponível em: https://tinyurl.com/y2t4pqt6

Supremo Tribunal Federal. Combate ao Sequestro Internacional de Crianças. Disponível em: https://tinyurl.com/y3st8ht7

VENDRUSCOLO, Aline Maria Fernandes. Sequestro Internacional de Crianças e o princípio do melhor interesse da criança, 2011. Disponível em: https://tinyurl.com/y626me7x

RESUMOS

MEDIDA PROVISÓRIA N° 881/2019 E O CONCEITO DE ABUSO REGULATÓRIO: CARACTERIZAÇÃO DA ILICITUDE PELO EFEITO DO EXERCÍCIO DO PODER REGULADOR PELO ESTADO

Verônica do Nascimento Marques

A regulação pode ser entendida como um instrumento voltado para a promoção do bem-estar social e econômico dos cidadãos, bem como para a salvaguarda de importantes objetivos de interesse público e de cunho constitucional, como a defesa da livre concorrência e a garantia do desenvolvimento nacional. Contudo, nos últimos tempos, a intervenção regulatória do Estado tem passado por um constante processo de revisão. Isso, porque a exigência de competitividade e eficiência dos mercados chamou a atenção para a necessidade de melhoria da qualidade da regulação, de modo a evitar que esta se torne excessiva, impeça a inovação, crie barreiras desnecessárias para o comércio e investimento privado ou se constitua como um obstáculo à eficiência econômica (SOUSA, 2012, p. 102).

Nesse contexto atual de mudança de paradigmas e propagação da liberdade econômica, a Medida Provisória n° 881, de 30 de abril de 2019, criou a figura do chamado "abuso regulatório", listando um rol exemplificativo de condutas que caracterizam tal distorção no exercício do poder normativo pelo Estado (BRASIL, 2019). Tal instituto, contudo, foi concebido como uma cláusula aberta, não recebendo, pois, uma conceituação

no referido diploma normativo, de modo que seu conteúdo será preenchido casuisticamente, a partir de um trabalho em conjunto dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

O presente trabalho tem como escopo discorrer sobre a delimitação do conceito de abuso regulatório. Para tanto, recorrer-se-á, mutatis mutandis, ao chamado sistema de caracterização da ilicitude pelos efeitos (FORGIONI, 2017, p. 135), técnica jurídica empregada, pioneiramente, no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia quando da definição de prática abusiva, e reproduzida pela lei brasileira de defesa da concorrência ao enumerar tão somente os efeitos dos atos considerados anticompetitivos. Assim, mais do que estabelecer um conceito fechado e imutável de abuso regulatório, este trabalho se propõe a definir os efeitos que, se verificados no caso concreto ou se constatado o objetivo de produzi-los, irão assinalar a ilicitude no exercício do poder regulador pelo Estado.

Inicialmente, proceder-se-á a uma breve exposição acerca da atividade regulatória e dos objetivos por esta visados, partindo de noções de teoria da regulação econômica. Em seguida, será feita uma abordagem acerca de eventuais distorções, ou, utilizando a expressa da Medida Provisória n° 881/2019, "abusos" no exercício de tal poder pelo Estado, analisando os consectários não só econômicos como também sociais que são ou podem vir a ser produzidos por uma regulação deturpada ou mal elaborada. Por fim, a questão será examinada à luz do sistema de caracterização da ilicitude pelos efeitos e levando em consideração o intento de liberdade econômico que permearam a edição da Medida Provisória n° 881/2019.

O RESGATE DO PENSAMENTO JEFFERSONIANO NA ANÁLISE DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Felipe Cesar José Matos Rebêlo

Thomas Jefferson estruturou um pensamento constitucional cediço, com base nos princípios fundamentais impulsionadores da Revolução Americana de 1776. Por seu entendimento, é possível se depreender a construção do ordenamento político e jurídico, neste último caso, tendo-se como parâmetro a Constituição, de forma a se respeitar com profundidade a soberania popular. Assim sendo, se constrói o ambiente democrático, e a própria aplicação do direito, em legitimidade plausível se se observa a ampla participação popular no processo deliberativo, o que inclui a opção por políticas públicas, bem como a efetivação dos direitos fundamentais de matiz constitucional. Acaba reconhecendo, por oportuno, o papel da separação dos poderes, bem como do papel de atuação do Judiciário.

No que concerne a atuação do último poder elucidado, no entanto, há uma certa precaução erigida em sua doutrina constitucional. Defende o mesmo a teoria pura da separação dos poderes, com cada estamento do poder tendo sua função determinada. Trata-se da ideia-base dos antifederalistas, fundamento arguido em debates contra os federalistas norte-americanos, e que redundou na Constituição de 1787, a qual foi ratificada em 1788. Por esse entendimento constitucional, prioriza-se a supremacia do Legislativo sobre os demais órgãos. A capacidade dos reconhecidos

legisladores em determinar as atribuições do Executivo e Judiciário lhes reveste proeminência (PETERSON, 2011). Por conseguinte, a separação pura dos poderes, e não mista - modelo de controle recíproco como hoje se observa (a título exemplificativo, no Brasil), é a que mais atende aos desígnios de preservação da soberania popular (BENTES, 2016, p. 64).

Jefferson, portanto, assim como outros antifederalistas, a exemplo de Patrick Henry (em sua maioria, sulistas que fomentaram intelectualmente a Revolução de 1776), se posicionam pela periculosidade do *judicial review* sem maiores arestas limitativas, por colocar em risco a própria Constituição, já que possibilita a cada um dos poderes a capacidade de interpretá-la, sendo que nem todos os seus integrantes foram eleitos pelos cidadãos. O Judiciário se enquadra na última moldura, como órgão contramajoritário.

A participação popular, portanto, deve integrar o controle de todos os poderes, não cabendo a um órgão colegiado não eleito diretamente pelos cidadãos a possibilidade de interpretar o documento constitucional e seus princípios basilares. Nas palavras de Bentes (2016, p. 104):

> A supremacia da interpretação judicial da Constituição era refratária à concepção de soberania popular no qual havia sido fundada. Se todos os Poderes eram submetidos igualmente ao povo, então cada um deles deveria ter a autonomia de interpretar a Constituição, sendo regulados diretamente pelos cidadãos e não por outros Poderes. A própria soberania popular iria reprimir os governantes responsáveis por atos inconstitucionais.

A ideia jeffersoniana, que compreende o controle de constitucionalidade e suas limitações, recebe guarida nos dias de hoje, através do pensamento, que ganha abrangência na América do Norte, nos trabalhos de Jeremy Waldron e Richard Bellamy.

Ao estudar o controle de constitucionalidade, e a interferência supostamente indesejável do Judiciário, por seu abuso de prerrogativa, os dois cientistas pontuam e revitalizam a filosofia constitucional jeffersoniana de compreensão do fenômeno do controle de constitucionalidade. Ao analisar a relação Judiciário e Legislativo, enumeram que o direito de decisão a respeito de questões de grande relevância política e moral, como as condizentes aos princípios estruturantes da forma de governo e dos próprios direitos

fundamentais, deve passar necessariamente pelo crivo dos cidadãos, figurando as Cortes em uma posição secundária (CONSANI, 2014, p. 1097).

Analisando-se a questão especificamente sob o ponto de vista de Waldron, a revisão judicial em *sentido fraco* permanece aceitável, sendo expressa pela análise de conformidade de legislação aprovada com os preceitos constitucionais, e declaração acerca da incompatibilidade entre leis e Constituição, devendo-se devolver, no entanto, a questão para o Legislativo, já que não pode declarar a inconstitucionalidade de leis democraticamente aprovadas (WALDRON, 2009).

Bellamy, por seu turno, consagra a constitucionalização dos direitos como uma grande conquista da sociedade. Em que pese tal fato, a democracia e o direito necessitam caminhar juntos, evitando-se arbitrariedades na aplicação dos dispositivos legais e constitucionais, em nome de uma técnica hermética, não necessariamente ligada ao controle popular, expressão básica do princípio da soberania popular (BELLAMY, 1996).

Na esteira do explanado, portanto, se discute acerca do controle de constitucionalidade e sua oponibilidade nos dias correntes, da forma que atualmente se expressa majoritariamente nos países do cerco ocidental do globo, em que a manifestação com protagonismo é latente. O princípio da soberania popular resplandece na questão, muito embora precauções devam ser tomadas para o desenvolvimento da questão.

Em primeiro lugar, tendo-se em mente a necessidade arguida do efetivo controle popular sobre todas as instâncias, deve-se repensar como podem se materializar decisões legislativas contrárias a direitos de minorias, ainda mais em Estados com governos populistas e que atacam gradualmente as regras do processo democrático (MOUNK, 2019). Jefferson, nesse ponto, foi claro no sentido de que a democracia e o sistema constitucional não podem prevalecer sem a observância material desse rol de direitos (WILTSE, 1960). Sob o espectro atual de Waldron e Bellamy, a questão ainda merece mais ponderações, como forma de materialização mínima de um controle adequado de constitucionalidade.

Em segundo lugar, e de forma derradeira, a instrumentalização desse controle popular de forma mais efetiva, com a oposição do controle de constitucionalidade em um segundo plano, também merece atenção. Jefferson elenca a gradação de repúblicas como uma alternativa válida, ampliando o espectro de participação popular no processo deliberativo políti-

co em todas as esferas de governo (desde os bairros até as mais altas esferas administrativas), caminhando os autores da contemporaneidade por linha de raciocínio que instiga a participação cidadã maciça na Administração Pública. Todavia, a instrumentalização material dessa forma mais incisiva de participação e controle popular ainda merece um maior aprimoramento na doutrina estudada no presente trabalho.

Bibliografia:

BELLAMY, Richard. The Political Form of the Constitution: the Separation of Powers, Rights and Representative Democracy. **Political Studies**, Oxford/Cambridge, v. 44, p. 436-456, 1996.

BENTES, Fernando. **Teoria da Constituição dos Estados Unidos: a separação de poderes nos projetos constitucionais de Jefferson, Madison e Hamilton**. 1º ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

BERMAN, José Guilherme. Direitos, Desacordo e Judicial Review: um exame da crítica de Jeremy Waldron ao controle jurisdicional de constitucionalidade das leis. In: VIEIRA, José Ribas (org.). **Teoria Constitucional Norte-Americana Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CONSANI, Cristina Foroni. O Constitucionalismo Republicano de Thomas Jefferson. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 19, n. 03, p. 1070-1100, set./dez. 2014.

DAHL, Robert A.. **A Constituição Norte-Americana é democrática?** 1º ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2015.

GOLDWIN, Robert A.; SCHAMBRA, William A. (eds.). **A Constituição Norte-Americana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1986.

MAYER, David N.. **The Constitutional Thought of Thomas Jefferson**. Charlottesville: University of Virginia Press, 1994.

MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia**. 1º ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

PETERSON, Merril D. (ed.). **Thomas Jefferson Writings**. New York: The Library of America, 2011.

REBÊLO, Felipe. **A Filosofia do Direito em Thomas Jefferson**. 1º ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões**. 2º ed. São Paulo: Atlas, 2015.

WALDRON, Jeremy. Constitutionalism: a skeptical view. In: CHRISTIANO, T.; CHRISTMAN, J.. (orgs.). **Contemporary debates on political philosophy**. Malden/Massachusetts: Blackwell Publishing, 2009.

WILTSE, Charles Maurice. **The Jeffersonian Tradition in American Democracy**. New York: Hill and Wang Inc., 1960.

TEORIA DA INCONSTITUCIONALIDADE DE OTTO BACHOF

Laiane Maiara Guerreiro Pardinho

INTRODUÇÃO

Muito se discute sobre o controle de constitucionalidade e a possibilidade de fazê-lo em dispositivos da própria Constituição. Todavia, está firmado majoritariamente que é permitido apenas em normas supervenientes do texto originário.

É instigante que doutrinadores defendem minoritariamente a possibilidade de controle de dispositivos originários, e partindo disso, buscou-se explicitar como se desenvolveu tal pensamento. Trata-se da teoria da inconstitucionalidade de normas constitucionais, que partiu da obra de "Normas Constitucionais Inconstitucionais?" do professor Otto Bachof.

Tal teoria teve seu estopim das truculências da Segunda Grande Guerra, postulando assim um cerne de normas medulares que deveriam ser o limite para os constituintes (FRANÇA, 2010).

Para melhor compreensão do tema, o conceito de constituição em sentido formal se refere ao processo de formação da lei e uma maior dificuldade de suas alterações; outrossim, o sentido material abrange o conteúdo, o assunto propriamente dito, o conjunto de normas jurídicas sobre a ordenação, atribuições e competências dos órgãos estatais (NOGUEIRA, 2014).

O presente trabalho foi dividido em quatro tópicos. O primeiro lida com a doutrina, com seus defensores que compatibilizam com Otto, e os que caminham em sentido contrário. O segundo, sobre a obra do profes-

sor alemão, demonstra as espécies de violações da Lei Maior. O terceiro ponto explana o direito suprapositivo, importante para compreender a congruência da tese. Finalizando, o quarto item consta jurisprudências que afirmam o entendimento e também que refutam-no.

A partir disso, como construiu a obra do saudoso jurista Otto Bachof?

1. BASE DOUTRINÁRIA

Resume Jorge Henrique de Saules Nogueira (2014), duas correntes e seus autores, divididas em constituição do aspecto material e aspecto formal.

Na corrente da constituição do aspecto material, Grewer diz que o constituinte está sujeito aos antecedentes. Se não for revolucionário, observará as regras pré-estabelecidas. Em Kruger e Giese, é possível se distinguir entre fundamentos mais ou menos vultosos. Já para Mallmann, a proibição do arbítrio (suprapositivo) do constituinte é a essência da ordem constitucional moderna. E com Friesenhahn, haverá nulidade ao infringir o direito natural (NOGUEIRA, 2014).

Já na corrente da constituição do aspecto formal, Aspelt explana que o controle das normas constitucionais interfere na supremacia do Parlamento. Com Spanner baseado em Kelsen, a Constituição é o único parâmetro, sem critérios extrapositivos. Com Arendt, não cabe regulamentação. Otto critica fortemente tais pensadores que se baseiam apenas neste aspecto (NOGUEIRA, 2014).

2.A OBRA DE OTTO

Observaremos dois tipos de violações de Otto, sendo a violação da Constituição escrita e a violação do Direito Constitucional (não escrito).

Na violação da Constituição escrita, divide-se em cinco. A primeira é a inconstitucionalidade de normas constitucionais ilegais, que é contra preceitos anteriores, se baseando num processo de leis pré-constitucionais.

A segunda, é a inconstitucionalidade das leis de alteração à Constituição, sobre as disposições processuais (como um aspecto formal) e também cláusulas pétreas (como um aspecto material).

A terceira se refere à inconstitucionalidade de normas constitucionais em virtude de contradição com normas de grau superior.

Como quarta violação, a inconstitucionalidade resultante da "mudança de natureza" de normas constitucionais. Torna-se obsoleta com a atualidade. Seria a mais apropriada para Otto, se fosse em um Tribunal Constitucional.

Por fim, a inconstitucionalidade na infração de direito supralegal positivado na lei constitucional, onde supralegal é aspecto material, e será formal desde que presentes na Carta. Haveria aqui uma violação do direito natural positivado.

Enquanto isso, a violação do Direito Constitucional (não escrito), é dividida em três eixos. No primeiro, a inconstitucionalidade por infrações dos princípios constitucionais não escritos na constituição, o legislador atuaria de modo prejudicial para a federação.

Em seguida, a inconstitucionalidade por infração de direito constitucional consuetudinário, como um complemento onde a escrita não pode contrariar. E por último, a inconstitucionalidade por infração de direito supralegal não positivado.

Uma norma constitucional que viola outra que positive direito natural, Otto a qualifica como inconstitucional. O Direito Natural positivado precede o direito que é apenas positivo, assim, se há normas constitucionais que infrinjam Direito Natural, não será possível obrigar-se juridicamente (NOGUEIRA, 2014).

3. DIREITO SUPRAPOSITIVO

Conforme Bachof (1994), a "vontade objetivada do legislador" se apresenta no conflito entre norma e princípio, caso se refira a uma ressalva da regra ou se resta outra com parecida antinomia.

Na positivação de valores metafísicos próprios do Direito Natural, averiguamos se o Direito Constitucional formal está em harmonia com o primeiro, na qual a positividade trará a efetividade, e a obrigatoriedade fará a vinculação, devendo ter o legislador uma aspiração de justiça, que deve pairar entre sua arbitrariedade (NOGUEIRA, 2014). É impreterível o atendimento da lei moral sobre o tempo e lugar (BACHOF, 1994).

4. JURISPRUDÊNCIA

As decisões favoráveis ao controle de normas constitucionais, firmaram as reflexões do jurista germânico.

Em 1949, o Tribunal administrativo de Wurtttemberg-Baden admitiu o controle, assim como o Supremo Tribunal Federal alemão, em um acordão de 1951. O Tribunal Constitucional da Baviera adotou, em 1950, o direito suprapositivo como critério de controle da própria Constituição, e mais tarde em 1951, o Tribunal de Hessen. O doutrinador Grewe compatibiliza com a ideia de preceitos constitucionais que sujeitam o procedimento constituinte originário (NOGUEIRA, 2014).

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal não compartilha da teoria de Otto, diante da ADI 815 / DF, em 28/03/1996, que tratava dos parágrafos 1º e 2º do artigo 45:

> – (…) as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição o elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância se impôs ao próprio Poder Constituinte originário com relação as outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas. Ação não conhecida por impossibilidade jurídica do pedido.

O Tribunal Constitucional brasileiro permite assim, que as normas constitucionais que forem fruto do "Poder Reformador ou Revisor" podem ser controladas por emendas constitucionais, sendo esta a única forma adotada pera jurisdição brasileira. É o que se observa também na ADI 466 / DF de 03/04/1991.

CONCLUSÃO

A questão norteadora do presente trabalho buscou compreender a altercada teoria, tendo a anuência de alguns mentores e tribunais alemães.

O Holocausto provou que os parlamentares podem exorbitar sobre a égide da lei. A Constituição não pode limitar a percepção do constante desenvolvimento da sociedade, contudo, respeitando alguns valores primordiais enraizados, como o direito à vida, verbi gratia.

Isto posto, o bom senso e a retidão moral dos legisladores constituintes devem estar em observância, para que não exista qualquer violação dos direitos conquistados ao longo dos tempos.

REFERÊNCIAS

BACHOF, Otto. Normas Constitucionais Inconstitucionais? Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Ed. Livraria Almedina: Portugal, 1994.

FRANÇA, Denis Soares. FILTRAGEM DE (IN)CONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE DE NORMAS CONSTITUCIONAIS ORIGINÁRIAS: reflexo de uma dinâmica ampliativa dos direitos e garantias fundamentais. Universidade Federal de Juiz de Fora. 02, dez. 2010. Disponível em: <https://repositorio.ufjf.br/jspui/bitstream/ufjf/5208/1/denissoaresfranca.pdf>. Acesso em: 06 abr. 2019.

NOGUEIRA, Jorge Henrique de Saules. Elementos da teoria da inconstitucionalidade de normas constitucionais de Otto Bachof. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 4115, 7 out. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/32589>. Acesso em: 4 abr. 2019.

STF. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ADI 466 DF. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ: 03/04/1991. JusBrasil. 1991. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14710299/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-466-df>. Acesso em: 13 abr. 2019.

STF. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ADI 815 DF. Relator: Ministro Moreira Alves. DJ: 28/03/1996. JusBrasil. 1996. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/744338/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-815-df>. Acesso em: 13 abr. 2019.

JUDICIALIZAÇÃO DA EDUCAÇÃO INFANTIL: CONFLITO ENTRE RESERVA DO POSSÍVEL E MÍNIMO EXISTENCIAL

Luiz Gustavo Tiroli
Henrique Adriano Pazzotti
Luiz Henrique Batista De Oliveira Pedrozo

O Direito à Educação, previsto nos artigos 6º, 205 e 208 da Constituição Federal de 1988, compõe o rol dos direitos fundamentais de natureza social, justamente porque agasalha a aprendizagem básicade todo e qualquer indivíduo, independentemente de cor, raça, gênero ou religião. Muitos profissionais da área pedagógica e de outras áreas correlatas, há tempos defendem a ideia de que é a Educação Infantil a mola propulsora da formação cidadã necessária ao nosso país. Contudo, muitos dos nossos governantes ainda ignoram as implicações práticas dessa enunciação no texto constitucional, até mesmo aqueles que se elegeram com base no discurso de que a educação deve ser tratada como prioridade nacional. Uma prova disso, são os dados fornecidos pelo IBGE no ano de 2017 sobre o abandono escolar, que certificam categoricamente que o Brasil não atende a permanência e o bem-estar das crianças.(BRASIL, 2017).

Deste modo, através do método dedutivo em análises de referências bibliografias, o presente trabalho traz à bailaa ideia de que tal direito promove ao infante o desenvolvimento holístico, além de demonstrar que a subjetividade deste direito não possui a correta interpretação nos tribunais, pois, a observância em promover apenas o mínimo existencial de

forma interpretativa, sem a verificação das premissas necessárias da reserva do possível, vem acarretando na prática outros problemas sociais, não raras vezes, de maior dimensão.

As diretrizes para aplicação de tais direitos seguem os artigos 205 e 208 da Constituição Federal de 1988, que preveem os objetivos em promover o pleno desenvolvimento, além de apresentar os deveres do Estado para a provisão deste direito.(DUARTE, 2007). Destaca-se em leis infraconstitucionais, as medidas necessárias para se efetivar a educação básica, como a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional n° 9394/96, o Fundef, e o Estatuto da Criança e do Adolescente Lei n° 8069/90, tais normativas preveem a subjetividade deste direito ao infante,além de estabelecerem a idade mínima para ingressar com pedido destedireito fundamental. (CURY; FERREIRA, 2008).

Nesta contextualização, não há como encobrir a obrigatoriedade que promove o direito subjetivo do infante a educação básica apartir dos 4 anos, como especifica a emenda constitucional nº 59 de 11 de novembro de 2009, porém, mesmo presente tais prerrogativas em normas regulamentadoras, o entendimento que paira nos julgados faz-se divergente das previsões legais, de modo que ultrapassa toda a isonomia presente nas listas de espera por vagas em Centros de Educação Infantil e Centros Municipais de Educação Infantil, com as concessões de liminares a infantes que não atendem aos requisitos objetivos contidos na emenda constitucional de nº 59.(BRASIL, 2009).

A fundamentação para a concessão de tais medidas liminares para fornecimento de vaga, possuem fundamentos nos artigos6°, 205, 208, da Carta Magna. (CURY; FERREIRA, 2008). Todavia, se faz necessário a observância de requisitos mínimos para a interpretação de tais normativas, como a sua aplicabilidade no caso concreto e os reflexos que tais decisões acarretaram para a administração pública, gerando reflexos no meio social. Ainda considerando que trata-se denormas programáticas, necessitando de regulamentação infraconstitucional que disponha sobresua eficácia,poisapresentam-se comosendo declarativas de direito, por exemplo, os artigos supracitados. (PIMENTA, 2012).

O direito fundamental a educação, prestado através de políticas públicas, busca atender a demanda de crianças que se encontram em "fila à espera" de uma vaga em um Centro Municipal de Educação Infantil, porém tais medidas não apresentam-se eficazes, em vista que, na tentativa

de atender a judicialização de concessão de matriculas impostas pelo poder judiciário, violam sobretudo o plano de metas governamentais para possibilitar o atendimento a esta demanda, ademais, tais medidas não refletem a qualidade do serviço educacional. (PEDROZO, 2016).

O poder judiciário passou a refletir a judicialização da educação, exercendo assim, a função que caberia aos demais poderes executivo e legislativo, aumentando a demanda processual objetivada em concessão de vagas em creche, porém o aumento de ordem judicial para que seja disponibilizado a pleiteada vaga, acarreta em aumento da população a buscar a vaga por meio do acesso à justiça, pois nota-se que a ordem judicial impõe dever de promover vaga ao favorecido judicialmente, assegurando ao infantil sua vaga independente da colocação na "fila de espera". (OLIVEIRA, SILVA; MARCHETTI, 2018).

Em contra partida, há necessidade de considerar a reserva do possível, ou seja, a observância da responsabilidade fiscal, dever da administração pública em não acarretar maiores investimentos do que a receitaarrecadada, pois os reflexos desta inobservância repercutem ao bem comum, sendo assim o acréscimo de gastos não previstos no orçamento público, provoca danos que refletem aos demais entes da sociedade. (PEDROZO, 2016).

Como ressalta a essência destas normas previstas na Carta Maior, torna-se inquestionável que o direito retro mencionado a educação possui caráter fundamental, sendo de natureza social, porém, é imprescindível que ao outorgar tais medidas impositivas em desfavor do ente público na concessão de liminares, promove-se a judicialização das políticas públicas, interferindo o Judiciário em temáticas que dizem respeito as demais funções da República (Executivo e Legislativo), sobretudo, deixando de observar critérios necessários, tão pouco, normas infraconstitucionais que possuem o objetivo de direcionar este direito fundamental, presente se faz, quando não inclusos no olhar do Magistrado, acarretam em detrimento do bem comum.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua: educação 2017. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101576_informativo.pdf. Acesso em: 08 ago.2019.

CURY, Carlos Roberto Jamil. FERREIRA, Luiz Antônio Miguel. A judicialização da educação. Revista do Ministério Público do Estado de São Paulo. 2008. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Educacao/Doutrina/A%20Judicializa%C3%A7%C3%A3o%20da%20Educa%C3%A7%C3%A3o%20-%20Dr.%20Luiz%20Antonio%20Migu.pdf. Acesso em: 07ago.2019.

DUARTE, Clarice Seixas. A educação como um direito fundamental de natureza social. Revista Educação e Sociedade, Campinas, vol. 28, n. 100 - Especial, p. 691-713, out. 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/es/v28n100/a0428100. Acesso em: 07ago.2019.

OLIVEIRA, Vanessa Elias de; SILVA, Mariana Pereira da; MARCHETTI, Vitor. Judiciário e políticas públicas: o caso das vagas em creches na cidade de São Paulo. Revista Educação e Sociedade, Campinas, v. 39, nº. 144, p.652-670, jul.-set., 2018. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/es/v39n144/1678-4626-es-es0101-73302018176112.pdf. Acesso em: 08ago.2019.

PEDROZO, Luiz Henrique Batista de Oliveira. O direito à educação infantil e sua inclusão na linha de ações de políticas sociais básicas do Estado: Avanços e Desafios Dissertação (Mestrado) – UENP/Campus de Jacarezinho/Programa de Pós-graduação em Ciência Jurídica, 2016. Disponível em: https://uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/direito-dissertacoes/7060-luiz-henrique-batista--de-oliveira-pedrozo/file. Acesso em: 08ago.2019.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. As normas constitucionais programáticas e a reserva do possível. Brasília a. 49 n. 193 jan./mar. 2012. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496554/000940642.pdf?sequence=1. Acesso em: 07ago.2019.

A IMPORTÂNCIA DA UTILIZAÇÃO DAS NORMAS FUNDAMENTAIS DE PROCESSO PELAS INSTITUIÇÕES SUPERIORES DE CONTROLE

Morgana Bellazzi de Oliveira Carvalho

Trata-se de resumo expandido de estudo realizado em 2017 sobre a utilização das normas fundamentais de processo (princípios estruturantes) pelas Cortes de Contas. Foram estudadas apenas as legislações internas de ritos e processos das Instituições Superiores de Controle (ISC´s) dos países membros da Organização das Instituições Superiores de Controle dos Países de Língua Portuguesa (OISC/CPLP).

A OISC/CPLP é uma associação autônoma e independente, criada em 1995, visando fomentar o desenvolvimento e o aperfeiçoamento da atuação das ISC´s, mediante a promoção de ações de partilha de conhecimentos, cooperação técnica, científica e cultural no campo de controle e da fiscalização do uso dos recursos públicos. Os objetivos da OISC/CPLP são: estreitar as relações entre as Instituições-membro e aperfeiçoar os processos de controle dos gastos públicos, tendo como ações contínuas a atualização das legislações dessas Cortes de Contas e o desenvolvimento de manual de procedimentos.

Considerando a necessidade contínua de atualização da legislação interna das Cortes de Contas, é que se insere o escopo da pesquisa exploratória ora resumida que buscou responder às seguintes questões: a) as Instituições Superiores de Controle da OISC/CPLP estão aplicando as normas fundamentais de processo mais modernas?

b) por que as Instituições Superiores de Controle da OISC/CPLP devem aplicar as normas fundamentais de processo atualizadas em seus processos de fiscalização de contas?

O estudo foi feito a partir da comparação da legislação interna das Instituições Superiores de Controle da OISC/CPLP, quais sejam, Tribunal de Contas de Portugal, Tribunal de Contas da União (Brasil), Tribunal de Contas de Angola, Tribunal de Contas de Cabo Verde, Tribunal de Contas da Guiné-Bissau, Tribunal de Administrativo de Moçambique, Tribunal de Contas de São Tomé e Príncipe, e Câmara de Contas do Timor-Leste.

Embora as Instituições Superiores de Controle da OISC/CPLP possuam posição institucional muitas vezes diferente: ora auxiliando o Poder Legislativo (ex. Brasil, Angola, Moçambique, Guiné-Bissau, Cabo Verde, São Tomé e Príncipe) ora se vinculando ao Judiciário (ex. Portugal e Timor-Leste), todas possuem dentre o rol de suas atribuições a competência de controlar financeiramente as contas públicas (receitas e despesas).

Além disso, há certo alinhamento histórico global entre países membros da OISC/CPLP e influência ocidental, especialmente portuguesa, já que todos foram colonizados por Portugal.

Daí justifica-se, não obstante as particularidades de cada legislação e de cada ordenamento jurídico das ISC´s selecionadas, pesquisar se o formato normativo do processo de controle financeiro externo dos gastos públicos disciplinado pelas legislações internas das Instituições-membro da OISC/CPLP está apto a assegurar a qualidade e a segurança das decisões, o que ao fim e ao cabo fortalecerá o papel dessas Instituições, a democracia e a cidadania.

Em Portugal, em 2013, foi publicado o Código de Processo Civil Português (Lei nº 41/2013), que substituiu o Código de 1961. Essa alteração do direito processual fez com o que Tribunal de Contas português também revisasse suas normas processuais internas em 2016 por meio 10ª alteração da Lei de Organização e Processo (LOPTC – Lei nº 98/97), feita por meio da Lei º 42/2016, adaptando a legislação e processo no Tribunal de Contas aos princípios estruturantes de processo.

No Brasil, em 2015, foi editada Lei nº 13.105/2015, regulando o Novo Código de Processo Civil Brasileiro (NCPC), que substituiu o Código de Processo Civil Brasileiro de 1973. Além de determinar cate-

goricamente a aplicação supletiva e subsidiária das normas do novo código ao processo administrativo, art. 15, concebeu um sistema de normas fundamentais de processo e trouxe uma nova feição à institutos estruturantes do direito processual, com grande potencial de impactar, no geral, o processo administrativo e, em especial, o processo administrativo perante os Tribunais de Contas.

O NCPC é o primeiro código de processo civil brasileiro totalmente elaborado sob o regime democrático e, portanto, procedeu à reforma e à atualização das normas processuais para adequá-las ao sistema normativo concebido à luz da Constituição Federal brasileira de 1988. Estas novas regras aplicam-se a todos os processos administrativos regidos por quaisquer outras leis. O que significa dizer que essa nova disciplina jurídica deve ser aplicada aos processos no âmbito dos Tribunais de Contas do Brasil (total 33 Tribunais: 01 Tribunal de Contas da União, 26 Tribunais de Contas Estaduais, 01 Tribunal de Contas do Distrito Federal, 03 Tribunais de Contas dos Municípios do Estado , e 02 Tribunais de Contas do Município), uma vez que as Cortes de Contas, no Brasil, são órgãos administrativos e não tribunais judiciais, como ocorre com o Tribunal de Contas em Portugal.

Ocorre que, esta nova disciplina que modifica substancialmente pontos específicos do processo administrativo, em especial em relação aos princípios estruturantes, e, tudo isso gera impacto na instrução e julgamento dos processos que tramitam perante as Cortes de Contas brasileiras, cuja legislação ainda não foi atualizada. O tema tem sido mantido fora do alcance da jurisprudência e da doutrina brasileira e o Tribunal de Contas da União (TCU) não modificou sua Lei Orgânica após a edição do NCPC.

Nos outros países da Comunidade de Países de Língua Portuguesa, o atraso legislativo ainda é pior: em muitos não houve ainda revisão da legislação processual. A maioria deles, a exemplo de Angola (Decreto-Lei nº 44129, de 28 de Dezembro de 1961) e de Guiné-Bissau (Decreto-Lei nº 47690, de 11 de Maio de 1967), ainda utilizam o Código de Processo Civil semelhante ao de Portugal antigo de 28 de Maio de 1939 (Decreto-Lei nº 29637), ou se alinham com as disposições fundamentais daquele Código, denunciando a necessidade de uma atualização em face das transformações que o direito e o processo contemporâneos estão experimentando, inclusive já deflagradas em outros países.

Portanto, nos países da CPLP ainda não há uma adesão às modernas normas fundamentais processuais, e suas particularidades. Além disso, os princípios e as soluções fundamentais do processo encontram-se ultrapassados, e alguns dos quais não levam em conta a evolução trazida à ciência do processo civil pela doutrina e pela jurisprudência.

Assim, a pesquisa constatou que as legislações orgânicas das Instituições Superiores de Controle desses países também estão defasadas (no Brasil, Lei 8.443-1992, em Portugal, Lei 98-1997, em Angola, Lei 13-2010, no Cabo Verde, Lei 84-IV-1993, em Guiné-Bissau, Decreto-Lei 7-1992, em Moçambique, Lei 7-2015, em São Tomé e Príncipe, Lei 3-1999, e no Timor Leste, Lei 9-2011), precisando ser atualizadas nos moldes da concepção contemporânea do direito público e processual.

O que não pode continuar a existir naquelas Cortes de Contas é a falta de aderência e respeito às normas fundamentais de processo. Afinal, é preciso se garantir nos processos de fiscalização de gastos públicos e de responsabilização de gestores públicos: a ampla defesa, o contraditório, o fortalecimento da cooperação, a fundamentação das decisões e a estruturação dos precedentes como verdadeiras diretrizes processuais.

Dessa forma, a pesquisa permitiu concluir que as Instituições Superiores de Controle da OISC/CPLP devem utilizar as normas fundamentais de processo em seus processos de fiscalização de contas públicas; que as ISC´s, a exemplo do Tribunal de Contas de Portugal, devem revisar suas legislações internas de processo para adaptá-las às inovações processuais havidas, especialmente quanto à aplicação dos princípios estruturantes; e que a utilização das normas fundamentais de processo trará reflexos positivos para as decisões das Cortes de Contas, especialmente em relação à higidez do processo de fiscalização dos gastos públicos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de. Direito processual civil. Coimbra: Almedina, vol. 1, 2010

AMARAL, Jorge Augusto Pais de. Direito processual civil. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. Novo código de processo civil anotado. São Paulo: Saraiva, 2015.

CASTRO, Flávio Régis Xavier de Moura e. <Visão sistêmica das leis orgânicas dos Tribunais de Contas dos Estados e munícipios do Brasil>, in Encontro luso-brasileiro de Tribunais de Contas, Estoril, 2003.

DIDIER JR, Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento, 17. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: teoria do processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

TMBANE, Tomás Luís. A reforma do processo civil moçambicano e a lei de organização judiciária. Comunicação apresentada no dia 20 de Março de 2008, no Seminário sobre a Reforma do Processo Civil, organizado pela Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane. Disponível em: http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Timbane-Tomas-A-Reforma-do-Processo-Civil--Mocambicano-e-a-Lei-da-Organizacao-Judiciaria.pdf Acesso em: 17 de agosto de 2019.

Sites de Cortes de Contas pesquisadas:

Angola http://www.tcontas.ao

Brasil http://www.tcu.gov.br

Cabo Verde http://www.tribunalcontas.cv

Guiné-Bissau gbtcontasbg@yahoo.com.br

Moçambique http://www.ta.gov.mz

Portugal http://www.tcontas.pt

São Tomé e Príncipe tcgpstp@cstome.net

Timor Leste http://www.tribunais.tl

DESIGUALDADE DE GÊNERO NO ITAMARATY BRASILEIRO PELAS LENTES DISCURSIVAS DIPLOMÁTICAS

Gabriela Soares Balestero

Diante da certeza de que as condições femininas passaram por profundas transformações com avanços significativos desde o início do século XX, e a constatação de que a velocidade das mudanças se reduziu – ou mesmo de que vivemos um momento de estagnação, com as desigualdades se mostrando renitentes –, encontramos uma pluralidade de discursos que se entrecruzam, se chocam, que textualizam o político, funcionando como dispositivos que traduzem a relação entre o simbólico e as relações de poder (ORLANDI, Eni, 2005).

As relações entre homens e mulheres não são discursos neutros, mas representações construídas repletas de significados e de relações de poder (POSSAS, 2004, p. 265) e os discursos são dispositivos (FOUCAULT, 2008) e mais ainda dispositivos linguísticos (PERCHEUX apud ORLANDI, Eni, 2005, p. 10), ou seja, uma prótese linguística posta a serviço de uma pedagogia da verdade (COURTINE apud ORLANDI, Eni, 2005), fazendo e construindo história, funcionando não apenas como uma aparelhagem teórica e sim, trazendo em si uma política reformista (ORLANDI, Eni, 2005, p. 10), através do "falar franco" visto que a verdade emitida também é a própria opinião do emitente sendo defendida com palavras claras e diretas (RAGO, 2013, p.15). Sendo assim é necessário analisarmos como em um determinado campo, dado discurso se formou; como surgiu e se

configurou um discurso legitimado sobre determinado assunto, interrogando esses discursos sobre a historicidade que eles produzem.

Os discursos são relevantes porque permitem colocar em questão os efeitos da ausência de representantes femininas na diplomacia, ou seja, analisar a baixa representatividade feminina na diplomacia, pelas lentes discursivas, visto que a diplomacia, sendo uma instituição formal, um campo político formal, como se sabe, uma seara que possibilitou a celebração de grandes tratados e convenções internacionais no âmbito de preservação dos Direitos Humanos, as mulheres alcançaram avanços medíocres –, porque sua incorporação à carreira e sua progressão funcional não foi acompanhada, pela incorporação às esferas de representação política. Por isso a diplomacia é como importante locus de observação para entender a dinâmica de algumas representações sociais, incluindo as representações sobre as questões de gênero. As verdades produzidas pelo e no discurso, segundo Foucault podem se modificar a partir do momento em que as regras de formação dos discursos que "portam" essas supostas verdades são modificadas. O discurso para Foucault é a prática, é a fala, e para isso é necessário investigar alguns pontos: 1) Quem fala?; 2) De onde fala? 3) Por que fala? 4) para quem se fala? O discurso tem um lugar, onde ele é construído, quem é o sujeito que fala? pontos que serão analisados no decorrer da investigação (FOUCAULT, 2008 pp.56-61).

Portanto, estudar as representações sobre as representações das mulheres na diplomacia é observar um espaço fundamental para as lutas políticas feministas, em território onde são poucas as vozes femininas. É também buscar entender os limites impostos pelas próprias dinâmicas do campo político a determinadas pautas, dentre as quais podemos incluir as questões de gênero. Esta investigação pretende discutir a baixa representatividade feminina na diplomacia através da análise das representações do feminino nos discursos proferidos nas Formaturas do Instituto Rio Branco entre 2007 a 2018, período em que vozes de diplomatas femininas, até então silenciadas, geraram sonoridade no Itamaraty e impactaram a sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANSART, P. La gestion des passions politiques. Lausanne: L´Age d´Homme, 1983.

ARRUDA, Bráz de Souza. A Mulher na Diplomacia. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: Usp, 1931, pp. 229-243.

AVELAR, Lúcia. Mulheres na Elite Política Brasileira. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer: Editora Unesp, 2001.

BALBINO, Viviane Rios. Diplomata. Substantivo comum de dois gêneros – Um retrato da presença feminina no Itamaraty no início do século XXI. Originalmente apresentada como dissertação de mestrado, Instituto Rio Branco, 2005.

BALBINO, Viviane Rios. Diplomata, substantivo comum de dois gêneros: um estudo sobre a presença das mulheres na diplomacia brasileira. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2011.

BARRANCOS, Dora. Mujeres en la Sociedad Argentina. Una historia de cinco siglos. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 2007.

ELSHTAIN, Jean Bethke. Public Man, Private Woman. Princeton: Princeton University Press, 1981.

FERRARI, A. T. Metodologia da Pesquisa Científica. São Paulo: McGrawHill do Brasil, 1982.

FOUCAULT, Michel. A Ordem do Discurso. São Paulo, Loyola, 1998.

FOUCAULT, Michel. Estratégia, poder-saber. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

HALLIDAY, Fred. Repensando as relações internacionais. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 1999.

KOSIK, Karel. Dialética do concreto. 7. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002.

JODELET, Denise. A representação: noção transversal, ferramenta da transdisciplinaridade. Cad. Pesqui., São Paulo , v. 46, n. 162, p. 1258-1271, Dec. 2016 .

LAURETIS, Teresa de. A tecnologia do gênero. In: HOLLANDA, Heloisa Buarque de (org.) Tendências e Impasses: o feminismo, como crítica da cultura. Rio de Janeiro: Rocco, 1994.

MATHIAS, Suzeley Kalil. Sob o signo de Atena: gênero na diplomacia e nas Forças Armadas. São Paulo: Editora Unesp, 2009.

MUNIZ, Diva do Couto Gontijo. Feminismos, epistemologia feminista e História das Mulheres: leituras cruzadas. Ano: 2015; ISSN: 1519-3276; Revista: Opsis (UFG); Volume: 15; pp.316-329.

ORLANDI, Eni P. Michel Percheux e a Análise do Discurso. Estudos de Linguagem: Vitória da Conquista, n. 1, junho/2005, pp. 9-13.

PERROT, Michelle. Mulheres Públicas. São Paulo, Editora da Unesp, 1998.

PERROT, Michelle. Minha História das Mulheres. Michelle Perrot. São Paulo, editora Contexto, 2007, 190p.

PITKIN, Hanna Fenichel. Representação: palavras, instituições e idéias. Lua Nova, São Paulo, n. 67, p. 15-47, 2006.

POSSAS, Lídia Maria Vianna. Vozes Femininas na Correspondência de Plínio Salgado. In: GOMES, Ângela Castro, Escrita de Si, Escrita da História. Rio de Janeiro, Editora FGV, 2004.

MUNIZ, Diva do Couto Gontijo. Feminismos, epistemologia feminista e História das Mulheres: leituras cruzadas. Ano: 2015; ISSN: 1519-3276; Revista: Opsis (UFG); Volume: 15; p. 318. 316-329.

RAGO, Margareth. Epistemologia feminista, gênero e história. In: PEDRO, Joana Maria e GROSSI, Miriam Pilar (Org.). Masculino, feminino, plural. Florianópolis: Editora Mulheres, 1998.

RAGO, Margareth. A aventura de contar-se: Feminismos, escrita de si e invenções. Campinas, SP: Editora da Unicamp, 2013.

RAHMAN-FIGUEROA, T. Celebrating the Rise of Women in Diplomacy. Diplomatic Courier, 2012. Disponível em: https://www.diplomaticourier.com/celebrating-the-rise-of-women-in-diplomacy/.

Acesso em: 01 maio 2.018. Da subjetividade. Campinas, SP: Editora da Unicamp, 2013.

RANCIÉRE, Jacques. A Partilha do Sensível: estética e política / Jacques Rancière; tradução de Mônica Costa Netto. – 2. Ed. São Paulo: EXO experimental org.; Ed. 34, 2009.

RIBEIRO, Djamila. O que é lugar de fala? Belo Horizonte (MG): Letramento, Justificando, 2017.

SCOTT, Joan W. "História das mulheres", in Peter Burke (org.), A escrita da história. Novas perspectivas, Ed. Unesp, São Paulo, 2002, pp. 65-98.

SCOTT, Joan W. Gender: A Useful Category of Historical Analysis. American Historical Review, 91:5, 1986. In: DUMONT, Anne Pérotin. El Género en Historia. Londres: School of Advanced Study, London University, 2001. Disponível em: <www.sas.ac.uk/ilas/genero_portadilla.htm>. Acesso em: 25 dez. 2017.

TELES, Maria Amélia de Almeida. Breve História do Feminismo no Brasil. São Paulo: Brasiliense, 1999.

TICKNER, J. Ann. Feminist Perspectives on International Relations. In: CARLSNAES, Walter; RISSE, Thomas; SIMMONS, Beth. Handbook of International Relations. Londres: SAGE Publications, 2001.

VARIKAS, Eleni. Pensar o sexo e o gênero. Tradução: Paulo Sérgio de Souza Jr. Campinas, São Paulo: Editora da Unicamp, 2016.

DIREITO PÚBLICO: DIÁLOGOS NACIONAIS E INTERNACIONAIS
Angela Limongi Alves, Cátia Raulino,
Glaucia Ribeiro, Leonam Liziero

Tipografias utilizadas:
Família Museo Sans (títulos e subtítulos)
Bergamo Std (corpo de texto)

Papel: Offset 75 g/m2
Impresso na gráfica Trio Studio
Dezembro de 2019