

DIREITO PÚBLICO EM PERSPECTIVA

PEMBROKE COLLINS

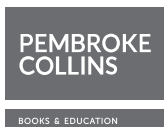
CONSELHO EDITORIAL

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)
Alessandra T. Bentes Vivas (DPRJ, Rio de Janeiro)
Arthur Bezerra de Souza 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)
Danielle Medeiro da Silva de Araújo (UFSB, Porto Seguro)
Denise Mercedes N. N. Lopes Salles (UNILASSALE, Niterói)
Diogo de Castro Ferreira (IDT, Juiz de Fora)
Douglas Castro (Foundation for Law and International Affairs, Estados Unidos)
Elaine Teixeira Rabello (UERJ, Rio de Janeiro)
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)
Matheus Marapodi dos Passos (Universidade de Coimbra, Portugal)
Omar Toledo Toribio (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Peru)
Ricardo Medeiros Pimenta (IBICT, Rio de Janeiro)
Rogério Borba (UVA, Rio de Janeiro)
Rosangela Tremel (UNISUL, Florianópolis)
Roseni Pinheiro (UERJ, Rio de Janeiro)
Sergio de Souza Salles (UCP, Petrópolis)
Telson Pires (Faculdade Lusófona, Brasil)
Thiago Rodrigues Pereira (Novo Liceu, Portugal)
Vanessa Velasco Brito Reis (UCP, Petrópolis)
Vania Siciliano Aieta (UERJ, Rio de Janeiro)

ORGANIZADORES:
ADRIANO DA SILVA RIBEIRO, BRUNA FRANCESCHINI,
FLÁVIA IRACEMA GIMENES E VIVIANNE RIGOLDI

DIREITO PÚBLICO EM PERSPECTIVA



PEMBROKE COLLINS

Rio de Janeiro, 2020

Copyright © 2020 Adriano da Silva Ribeiro, Bruna Franceschini, Flávia Iracema Gimenes e Vivianne Rigoldi (orgs.)

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

DIREITOS RESERVADOS A

PEMBROKE COLLINS

Rua Pedro Primeiro, 07/606
20060-050 / Rio de Janeiro, RJ
info@pembrokecollins.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 Pembroke Collins.

Todas as obras são submetidas ao processo de peer view em formato double blind pela Editora e, no caso de Coletânea, também pelos Organizadores.

D598

Direito público em perspectiva / Adriano da Silva Ribeiro, Bruna Franceschini, Flávia Iracema Gimenes e Vivianne Rigoldi (organizadores). – Rio de Janeiro: Pembroke Collins, 2020.

572 p.

ISBN 978-65-87489-19-3

1. Direito público. 2. Interesse público. 3. Direito. I. Ribeiro, Adriano da Silva (org.). II. Franceschini, Bruna (org.). III. Gimenes, Flávia Iracema (org.). IV. Rigoldi, Vivianne.

CDD 341

Biblioteca: Aneli Beloni CRB7 075/19.

SUMÁRIO

ARTIGOS.....	15
RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: ESTUDO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL-STF.....	17
<i>Ricardo Russell Brandão Cavalcanti</i>	
VERIFICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE EM FACE DA PERMISSÃO DE REMARCAÇÃO DO TESTE DE APTIDÃO FÍSICA ÀS CANDIDATAS GESTANTES EM CONCURSO PÚBLICO.....	32
<i>Carolina Lopes da Silva.</i>	
DA RETIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL DO REGISTRO IMOBILIÁRIO.....	50
<i>Loreni Domingos Dalabilia</i>	
INOBSERVÂNCIA DE PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO EM JULGADOS DO STF: CASO IPVA E A CAPACIDADE CONTRIBUTIVA.....	66
<i>Lucas Prates Rodrigues</i>	
CONTRATAÇÃO DIRETA POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO.....	82
<i>Willian Alves de Souza</i>	
AVE IMPÉRIO: A MONARQUIA BRASILEIRA.....	101
<i>Elói Henrique Ghidetti Duarte</i>	
ALCANCE E LIMITES DA REVISÃO JUDICIAL DAS DECISÕES PROFERIDAS EM PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR.....	120
<i>Roselaine Andrade Tavares</i>	

ATOS LESIVOS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NACIONAL OU ESTRANGEIRA PRATICADOS PELAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO E SEUS REFLEXOS NOS PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS E CONTRATOS APÓS A VIGÊNCIA DA LEI ANTICORRUPÇÃO.....	139
<i>Juliana Borges Rezende</i>	
(IN)EXISTÊNCIA DE PARECER VINCULANTE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	147
<i>Willian Alves de Souza</i>	
A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO E A PARTICIPAÇÃO DA COMUNIDADE NO DESENVOLVIMENTO DO MUNICÍPIO.....	163
<i>Camila Cristina Bicalho Teixeira</i> <i>Gustavo Henrique Borges de Oliveira</i> <i>Adriano da Silva Ribeiro</i>	
FEDERALISMO FISCAL: UMA ANÁLISE SOBRE O FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS.....	180
<i>Lucienne Michelle Treguer Cwikler Szajnbok</i>	
A EFICIÊNCIA DA POLÍTICA PÚBLICA DESENVOLVIMENTISTA NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.....	195
<i>Mateus Rocha de Lisboa</i>	
ALCANCE E LIMITES DO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	214
<i>Glaucia Maria de Araújo Ribeiro</i> <i>Mateus Almeida Lima</i>	
REGIME DE RECUPERAÇÃO FISCAL E ABUSOS FEDERATIVOS.....	230
<i>Christiane Costa Assis</i> <i>Caio Flávio Fernandes Santos</i>	
O FEDERALISMO, O PACTO FEDERATIVO E A CONSAGRAÇÃO DO PROGRESSO E INDEPENDÊNCIA DOS ESTADOS-MEMBROS CONCOMITANTE AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	243
<i>Leonardo Picolo Cauzim</i>	

EFICIÊNCIA E RESULTADO NO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL ATRAVÉS DA IMPLEMENTAÇÃO DO ESTADO GERENCIAL.....	257
<i>Diego Monteiro de Arruda Fortes</i>	
PRECEDENTES E ATIVISMO JUDICIAL.....	274
<i>Lais Rachel Brandão de Mello</i>	
<i>Luiz Felipe Araújo Moreira</i>	
A LINDB E A CONTRATAÇÃO DIRETA DE SERVIÇOS JURÍDICOS.....	291
<i>Adelson Barbosa Damasceno</i>	
A RESTRIÇÃO DOS MEIOS PROBATÓRIOS POR MEIO DAS CONVENÇÕES PROCESSUAIS: ESTUDO EM CONFORMIDADE COM OS PRINCÍPIOS DA COOPERAÇÃO E DA RELATIVIDADE DOS EFEITOS DO NEGÓCIO JURÍDICO.....	310
<i>Juliana Bueno Lima de Aguiar</i>	
<i>Stephanie Cecote da Silva</i>	
<i>Lais Alves Camargos</i>	
DA OBRIGATORIEDADE INCONDICIONADA DE INTIMAÇÃO DA PARTE AGRAVADA COMO CONDIÇÃO AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE RECORRER: ANÁLISE DO INCISO II DO ARTIGO 1.019 DO CPC/2015.....	323
<i>Jessica Sérgio Miranda</i>	
<i>Lais Alves Camargos</i>	
<i>Pedro Henrique Abreu Cunha</i>	
<i>Sérgio Henriques Zandoná Freitas</i>	
A DICOTOMIA ENTRE O CUMPRIMENTO ESPONTÂNEO DA OBRIGAÇÃO E O INTERESSE RECURSAL PARA INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO	339
<i>Ailana Silva Mendes Penido</i>	
<i>Jessica Sérgio Miranda</i>	
<i>Pedro Henrique Abreu Cunha</i>	
O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO.....	356
<i>Simone Loncarovich Bussi</i>	
<i>Vivianne Rigoldi</i>	

PENAS ALTERNATIVAS E A NECESSIDADE DE CONSOLIDAÇÃO DE UMA SUBTEORIA PRÓPRIA.....	372
<i>Ricardo Gagliardi</i>	
CONTRATAÇÕES PÚBLICAS NO BRASIL EM TRÊS ATOS: PASSADO, PRESENTE E FUTURO.....	390
<i>Gabriel Vinícius Carmona Gonçalves</i> <i>Pedro Henrique Espagnol de Farias</i> <i>Mateus Piva Adami</i>	
A DIVISÃO DOS PODERES NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1824 - UMA ANÁLISE ACERCA DA ORGANIZAÇÃO POLÍTICA DO BRASIL NO SÉCULO XIX.....	406
<i>Henrique Reis Calazans</i>	
PERSPECTIVAS E REFLEXÕES ACERCA DA INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DO NE BIS IN IDEM NA TUTELA AMBIENTAL.....	424
<i>Bárbara Peixoto Nascimento Ferreira de Souza</i>	
AS POLÍTICAS PÚBLICAS E O PAPEL DOS VALORES NA ADMINISTRAÇÃO: COMENTÁRIOS ACERCA DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NAS LICITAÇÕES.....	436
<i>Artur Zanelatto Santos</i> <i>Luciani Coimbra de Carvalho</i>	
TÉCNICAS DE CONTENÇÃO DAS SUBJETIVIDADES PÚBLICAS: RACIONALIDADE E RAZOABILIDADE.....	455
<i>Caio Magalhães Baldini Figueira</i> <i>Rodrigo Dias Rodrigues de Mendonça Fróes</i> <i>Aimée Schneider Duarte</i>	
A ADMISSIBILIDADE DA PROPAGANDA ELEITORAL PARASITÁRIA NA INTERNET	471
<i>Caroline Rodrigues Cavarzere</i>	
CAPITALISMO, DIREITO PENAL E ESTADO (PUNITIVO): NOTAS CRÍTICAS A PARTIR DOS ESTUDOS DE EVGENI PACHUKANIS.....	484
<i>Paulo Roberto Felix dos Santos</i>	

IPTU VERDE: DE MANAUS PARA O SENADO FEDERAL.....	501
<i>Bárbara Dias Cabral</i>	
O NEOPROCESSUALISMO E O CÓDIGO PROCESSUAL DEMOCRÁTICO	515
<i>Luis Gustavo Barbedo Coelho Montes de Carvalho</i>	
<i>Francisco de Assis Oliveira</i>	
TRANSTORNOS DISSOCIATIVOS ENTRE VÍTIMAS DE ASSÉDIO SEXUAL: FALSAS MEMÓRIAS, AMNÉSIA DISSOCIATIVA E PSICOLOGIA DO TESTEMUNHO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....	533
<i>Lívia de Souza Nunes</i>	
<i>Alice Arlinda Santos Sobral</i>	
RESUMOS.....	551
O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL EM SEDE DE EXECUÇÃO FISCAL: INSTRUMENTO DE POLÍTICA PÚBLICA EFICIENTE NO ESTADO DE GOIÁS.....	553
<i>Gabriela Machado Rennó</i>	
GESTÃO DEMOCRÁTICA URBANA: A PARTICIPAÇÃO POPULAR COMO INSTRUMENTO DE INCLUSÃO SÓCIO POLÍTICA NA ESFERA PÚBLICA.....	557
<i>Yanna Raissa Brito Couto da Silva</i>	
IMPACTOS DA REVISÃO DA RESOLUÇÃO NORMATIVA 482 DA ANEEL	562
<i>Bruno Fediuk de Castro</i>	
<i>Gilberto Bomfim</i>	
RECOMENDAÇÃO COMO ALERTA DE DOLO E MÁ-FÉ NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	567
<i>Renato Maia de Faria</i>	

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 Universitaria 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 2020, o **CAED-Jus** organizou o seu tradicional **Congresso Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus 2020)**, que ocorreu entre os dias 22 a 24 de abril de 2020 e contou com 12 Grupos de Trabalho e mais de 500 artigos e resumos expandidos de 48 universidades e 26 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 12 livros do evento: Dimensões dos direitos humanos e fundamentais (Vols. 1, 2 e 3), Direito Público em perspectiva, Direito privado: teoria e prática, Conflitos e formas de solução, Crimes e sociedade em debate, Atualidades do trabalho e da seguridade social, Diálogos sobre tecnologia e direito, Justiça e sociedade, Direito: passado, presente e futuro (Vols. 1 e 2).

Os coordenadores de GTs foram convertidos em organizadores dos respectivos livros e, ao passo que os trabalhos apresentados em GTs que não formaram 18 trabalhos foram realocados noutra GT, conforme previsto em edital. Vale também mencionar que o GT que teve mais trabalhos (Direitos humanos e fundamentais) obteve a aprovação para a publicação de 3 livros e o segundo com mais trabalhos (Temas contemporâneos) obteve a aprovação para a publicação de 2 livros.

Os coordenadores de GTs indicaram artigos para concorrerem ao Prêmio CAED-Jus 2020. A Comissão Avaliadora foi composta pelos professores Daniel Giotti e Paula (PFN), Klever Filpo (UCP/UFRRJ) e Paula Lucia Arévalo Mutiz (Fundación Universitaria Los Libertadores, Colômbia). O trabalho premiado foi de autoria de Sara Santos Moraes e Ícaro Argolo Ferreira sob o título “Subnotificação e Lei Maria da Penha: o registro como instrumento para o enfrentamento dos casos de violência doméstica contra mulher considerando o Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2019)”.

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 Direito (CAEduca) e da Editora Pembroke Collins e cumpre os diversos critérios de avaliação de livros com excelência acadêmica nacionais e internacionais.

ARTIGOS

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: ESTUDO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL-STF

Ricardo Russell Brandão Cavalcanti

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende estudar a responsabilidade civil extracontratual do Estado, avaliando a evolução do estudo da mesma no ordenamento jurídico brasileiro.

Nosso estudo terá como base primordial a análise da doutrina e da jurisprudência pertinente ao assunto, especificamente os entendimentos do Colendo Supremo Tribunal Federal.

Procuraremos abordar as principais teorias existentes, nos prendendo as teorias dominantes, mas sem deixar de frisar qual o nosso posicionamento em relação aos temas abordados.

1.1 Conceito

Para melhor conceituar o objeto do nosso estudo, vamos nos utilizar as palavras do professor Celso Antônio Bandeira de Mello, *in verbis*:

Entende-se por responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado a obrigação que lhe incube de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de ou-

trem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos. (MELLO, 2004, p.917).

Pelo conceito do renomado autor supracitado, podemos perceber que o estudo da Responsabilidade Extracontratual se baseia na análise da responsabilização do Poder Público dos danos decorrentes dos atos praticados pela administração, sejam atos lícitos ou ilícitos, sejam atos omissivos ou comissivos.

Sem adentrar na discussão acerca do estudo do órgão e dos servidores públicos, é importante apenas frisar que a doutrina e a jurisprudência dominante adotaram a teoria do órgão, considerando que quando um agente público ou um órgão age em nome do Poder Público, quem está agindo é a própria Administração. Sendo assim, utilizando as clássicas palavras do saudoso Pontes de Miranda, os órgãos e agentes públicos não somente representam a administração pública e sim “presentam” a mesma, ou seja: eles fazem a administração publicar estar presente em cada caso concreto.

Desse modo, tendo em vista, ainda, que a personalidade jurídica, seja pública ou privada, é uma ficção jurídica, podemos concluir dizendo que o estudo da responsabilidade do Estado é o estudo da responsabilidade da Administração Pública pelos atos praticados pelos seus órgãos e agentes.

1.2 As fases da Responsabilidade Civil do Estado.

Conforme veremos, a teoria adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro para a responsabilidade extracontratual estatal foi a Teoria da Responsabilidade objetiva, mas nem sempre foi assim.

Podemos dividir as fases do estudo das teorias da responsabilidade civil do Estado em três, vejamos cada uma delas.

1.2.1 Teoria da Irresponsabilidade

Inicialmente, como resquícios da monarquia herdada de Portugal, nós possuíamos a teoria da irresponsabilidade estatal, onde se conside-

rava que o “rei não podia errar”. Isso acontecia no chamado Período Pré-Constitucional, ou seja: antes do advento da primeira Constituição da República do Brasil. É uma teoria típica dos Estados absolutistas, onde o Estado tinha total controle sobre os atos dos seus súditos.

Pode parecer um pouco absurda a adoção desse entendimento, porém isso só acontece em face no nível de civilização que nós atingimos na atualidade. Se formos avaliar as arbitrariedades cometidas pelos estados absolutistas, facilmente perceberemos que essa teoria estava em acordo com extrema supremacia dos estados absolutistas. De qualquer forma, a Teoria da Irresponsabilidade, assim como o Estado Absolutista, é incompatível com um Estado Democrático de Direito.

Desse modo, nas Constituições Brasileiras de 1824¹ e 1891² existia a possibilidade do lesado por um dano causado ao Estado ser ressarcido, porém só havia o que se falar em Responsabilização do funcionário público por abuso e omissão, ou seja: o Estado, como pessoa jurídica, continuava irresponsável.

Entretanto, para que todos possam ser tratados com respeito perante os seus governantes, que em verdade são os representantes do próprio povo, é necessário que o próprio Poder Público seja responsável pelos seus próprios atos, no caso, pelos atos praticados pelos seus agentes. Caso a Administração Pública seja irresponsável pelos seus atos, teremos pessoas aptas a agir como bem entenderem, acobertadas pelo manto da personalidade jurídica de direito público irresponsável.

É por isso que o Estado deve responder pelos atos praticados pelos seus agentes, é por isso que esses últimos devem responder perante a Administração quando a mesma se responsabilizar pelos seus atos. É por tudo isso que o estudo da responsabilidade do Estado evoluiu, conforme será visto em seguida.

1 Constituição Brasileira de 1824: Art. 179: XXIX. Os Empregados Publicos são strictamente responsaveis pelos abusos, e omissões praticadas no exercicio das suas funcções, e por não fazerem effectivamente responsaveis aos seus subalternos.

2 Constituição Brasileira de 1891: Art 82 - Os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões em que incorrerem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência ou negligência em não responsabilizarem efetivamente os seus subalternos.

1.2.2 Teoria da Responsabilidade pelos atos de Gestão e Irresponsabilidade Pelos atos de Império

Tendo em vista as injustiças decorrentes da teoria da irresponsabilidade do Estado, mas ainda contaminados pela supremacia do monarca, os estudiosos do assunto passaram a dividir os atos estatais em dois: os atos de gestão e os atos de império.

Os atos de impérios seriam aqueles inerentes à forma de governar do Estado, seriam os atos que dissessem respeito à atuação dos governantes como entes representantes de uma soberania, a possibilidade que os mesmos tinham de tocar a rumo do país e impor aos particulares a forma de governo. Enfim, eram os atos que os administradores praticavam em situação de supremacia perante o particular.

Já os atos de gestão eram aqueles onde a Administração agia em situação de igualdade perante o particular, eram aqueles onde o Poder Público agia praticando serviços públicos e de utilidades pública. Os atos de Gestão não diziam respeito à condução do Estado, mas sim a forma como o mesmo lidava e cuidava da sua população de forma direta.

Assim, começou-se a considerar que o Estado podia ter responsabilidade, mas tão-somente quando praticasse atos de gestão. Quanto aos atos de império os administradores ainda estavam livres para agir de forma irresponsável.

A crítica que fazemos a essa teoria é justamente o tratamento diferenciado dados pela mesma aos atos praticados pela administração. Não podemos considerar que o Estado tenha limites para alguns atos e carta branca para os demais. O Estado, na pessoa de seus órgãos e agentes, deve sempre agir com prudência, independentemente do tipo de ato que esteja praticando, não podemos admitir um Estado parcialmente responsável, pois, nesse caso, o mesmo sempre terá uma margem para a arbitrariedade. Foi por isso que essa teoria também não prevaleceu.

1.2.3 Teoria da Culpa aquiliana

Essa teoria é baseada na culpa civil, é a teoria adotada até hoje, como regra, para os atos da vida civil.

Aqui, o Estado passou a ser responsável por todos os seus atos, desde que ficasse comprovada a culpa por parte de seus agentes. Essa teoria foi adotada pelas Constituições de 1934³ e 1937⁴, onde havia a previsão da Responsabilidade solidária e subjetiva entre o servidor e o Estado, ou seja: podia-se cobrar diretamente ou ao mesmo tempo tanto do servidor como com do Estado, desde que comprovada existência de dolo ou a culpa.

Aparentemente a teoria em comento é justa, pois o Estado passa a ser responsável quando age com culpa e irresponsável quando age sem culpa. Esse raciocínio é, porém, um raciocínio simplista, onde o particular pode sofrer um dano oriundo de atos praticados por entes estatais e mesmo assim arcar sozinho com esse ônus caso não fique comprovado dolo ou culpa por parte do Poder Público.

Essa teoria acaba por ferir o princípio da igualdade, pois uma só pessoa arca com todos os prejuízos advindos da atuação administrativa. Como o Estado representa a todos, é coerente que ele seja responsável, independentemente de culpa, pelos seus atos. Assim, acabará existindo uma divisão dos ônus por toda a sociedade.

1.2.4 Teoria da Responsabilidade Objetiva

Finalmente, com o advento da Constituição de 1946, o Brasil passa a adotar a teoria da responsabilidade Objetiva, onde o Estado responde pelos atos praticados pelos seus agentes, independentemente da existência de culpa.⁵

3 Constituição Brasileira de 1934: Art. 171 - Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos.

4 Constituição Brasileira de 1937: Art 158 - Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos.

5 Constituição Brasileira de 1934: Art. 194 - As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. Parágrafo único - Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes.

A Constituição de 1967⁶ e a Emenda Constitucional Número 17 de 1969⁸ mantiveram a responsabilidade objetiva do Estado e ainda retiraram a expressão “Interno” que havia na Constituição anterior, passando o Poder Público a ser responsabilizado de forma objetiva também nas suas relações internacionais, tal como se prevê nossa atual Constituição, conforme será visto em seguida.

Para a teoria objeto do presente tópico, adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro e aclamada pela maioria da doutrina, basta a comprovação do dano, do ato praticado por um agente público, bem como do nexo de causalidade entre a prática do ato e o dano sofrido. Assim, restará a responsabilidade do Estado perante o particular.

A Teoria da Responsabilidade Objetiva se divide em outras duas, quais sejam: a Teoria do Risco Integral e a Teoria do Risco administrativo.

Pela Teoria do Risco Integral, não existe a possibilidade da exclusão da responsabilidade do Estado, o Estado responderá pelo dano em qualquer hipótese, mesmo que exista qualquer das chamadas causas excludentes de responsabilidade, quais sejam: caso fortuito, força maior e culpa exclusiva da vítima ou de terceiros.

Essa Teoria pode gerar o absurdo, como, utilizando o exemplo clássico, a responsabilidade de o Estado indenizar a família de uma pessoa com problemas psíquicos que pule em frente de um carro oficial e venha a falecer, mesmo que o motorista do referido automóvel esteja respeitando todas as diligências necessárias e obrigatórias.

6 Constituição Brasileira de 1967: Art. 105 - As pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que es seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. *Parágrafo único* - Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo.

7 A referida Emenda Constitucional teve como objetivo editar um novo texto para a Constituição Federal de 1967, sendo por isso considerada por alguns autores uma nova constituição.

8 Emenda Constitucional número 1/69: Art. 107. As pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros. *Parágrafo único*. Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo.

A Teoria do Risco administrativo, por sua vez, aceita as excludentes de responsabilidade. Alguns Doutrinadores não aceitam como excludente o caso fortuito, outros não aceitam como excludentes a força maior, e muitos confundem os conceitos de caso fortuito e força maior.

Mas o fato é que quanto a um ponto não há discussão: existe a exclusão de responsabilidade por culpa exclusiva da vítima. Por que grifamos o termo “exclusiva”? Porque persiste a responsabilidade do Estado quando a culpa é concorrente, só que nesse último caso a responsabilidade do Estado é atenuada, a responsabilidade é repartida entre o Estado e a vítima culposa.

A teoria adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro foi a do Risco Administrativo, que aceita as ditas excludentes de responsabilidade, salvo no caso de danos nucleares, dano ambiental, atentados terroristas em aeronaves, DPVAT e, no caso de emprego público, acidentes de trabalho (MAZZA, 2015. p.376), situações onde a responsabilidade do Estado se dará com base na Teoria do Risco Integral.

1.2.4.1 Fundamentos da Responsabilidade Objetiva

Quais são os fundamentos da Responsabilidade Objetiva do Estado?

A fundamentação da Teoria adotada pelo ordenamento jurídico vai depender se o ato foi lícito ou ilícito.

O que justifica a responsabilidade estatal pela prática do ato lícito é o “princípio da igualdade, da solidariedade ou da repartição dos encargos sociais” (ARAGÃO, , 2013. ps.581.), pois o ônus decorrente de um ato estatal, assim como já foi explanado, não pode ser suportado apenas por uma pessoa. Assim, quando o Estado responde pelas consequências dos seus atos, o que está acontecendo é a divisão do prejuízo por todos os membros da sociedade, uma vez que todos são responsáveis pela manutenção dos entes administrativos, o que é feito, primordialmente, pelo pagamento de impostos, que têm a característica da generalidade.

Por outro lado, a justificativa da responsabilidade estatal pela prática do comportamento do ato ilícito é justamente o princípio da legalidade, haja vista que é dever dos agentes públicos agirem em confor-

midade com lei. Desse modo, deve o Estado se responsabilizar pelos danos decorrentes dos atos praticados pelos seus agentes em desconformidade com a lei, bem como quando os mesmos agem sem que exista permissão legal, uma vez que a aplicação do princípio da legalidade para a administração é feita de forma estrita, não podendo a mesma agir apenas quando a lei não proíbe e sim apenas quando a lei permite.

1.2.4.2 Quem são os responsáveis?

No começo existia uma dúvida em saber quem era considerado Administração Pública para fins de responsabilidade objetiva.

Uns afirmavam que eram somente as pessoas jurídicas de direito público, outra corrente, por sua vez, afirmava que as pessoas jurídicas de direito privado também poderiam vir a serem responsáveis.

Podíamos então dividir as discussões em torno de duas correntes:

A corrente subjetiva, que só se importava com a qualidade das pessoas, considerando que o liame para definir os objetivamente responsáveis era saber se os mesmos eram ou não pessoas jurídicas de direito público.

A corrente objetiva, por outro lado, considerava que o parâmetro para medir a responsabilidade é a prática, ou não, de serviço público.

A nossa Constituição atual, no parágrafo 6º do artigo 37, parece ter adotado uma teoria mista, senão vejamos:

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Assim, conforme o texto constitucional supra, as pessoas jurídicas de direito público sempre responderão de forma objetiva, independentemente de prestarem serviço público ou não, enquanto que as pessoas jurídicas de direito privado só responderão quando prestarem serviços públicos. Desse modo, podemos dizer que CF88 não adotou nem a teoria objetiva, nem a teoria subjetiva, adotou uma teoria eclética, que mistura as outras duas.

E como se dá a responsabilidade das concessionárias de serviço público? O Supremo Tribunal Federal sempre teve decisões conflitantes sobre o tema. Em alguns momentos entendeu que a responsabilidade das mesmas era subjetiva, em outros entendeu que era objetiva e durante anos entendeu que era objetiva para os usuários dos serviços e subjetivas para os não usuários, conforme se verifica na decisão abaixo colacionada.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal – STF acabou vindo por fixar o entendimento de existir responsabilidade objetiva das concessionárias de serviço público tanto em relação ao usuário como ao não usuário (vide: Recurso Extraordinário número 591874), o que parece, ao nosso ver, ser mais acertado, pois se o serviço fosse praticado pelo próprio Poder Público, a responsabilidade seria objetiva para todos os envolvidos, não havendo sentido em mitigar a responsabilidade quando a mesma é delegada para o setor privado.

Outrossim, o mesmo parágrafo 6º do artigo 37 afirma que ficará “assegurado o direito do regresso nos casos de dolo ou culpa”. Desta feita, o dispositivo acima consagrou o entendimento que já vinha expresso na Constituição de 67, qual seja: o funcionário que praticou o ato não responderá de forma objetiva, e sim, tão-somente, se ficar comprovado que o mesmo agiu com dolo ou culpa.

Desse modo, para que o agente causador do dano seja então responsável, urge a necessidade dos seguintes requisitos:

- Comprovação de que o mesmo agiu com dolo ou culpa e que dessa ação foi gerado um dano;
- A condenação da Administração Pública ao pagamento dos prejuízos decorrentes do referido dano;
- O pagamento efetivo realizado pela Administração, uma vez que não há o que se falar em ressarcimento se não houve prejuízo por parte da mesma.

Diante dessa situação, surgem duas dúvidas: é possível ou até mesmo obrigatória a denúncia à lide do servidor? É possível entrar diretamente com a ação contra o servidor público?

Quanto à denúncia à lide, o tema ainda é polêmico. Em verdade, já é pacífico que a mesma, diferentemente do que acontece com

os particulares, não é obrigatória para o poder público em relação ao servidor. Entretanto ainda não há uma unanimidade em relação a ser possível a referida denúncia, prevalecendo, no entanto, o entendimento de que a mesma não é possível porque traria um elemento novo ao processo, qual seja: a culpa.

Quanto à possibilidade de entrar com a ação diretamente contra o servidor público, o Supremo Tribunal Federal entende que não seria possível a responsabilização “per saltum”, pois responder apenas por meio de uma ação de regresso é uma forma de proteger o próprio servidor, existindo, assim, uma dupla garantia: uma para o lesado, de ser ressarcido e outra para o servidor, de só responder por meio de uma ação de regresso. (vide: **Recurso Extraordinário 327.904**).

2 Responsabilidade por omissão

Quando falamos em responsabilidade objetiva da Administração, estamos querendo dizer responsabilidade pelos atos comissivos praticados pela mesma, pois em relação aos atos omissivos a doutrina e a jurisprudência entendem pela necessidade da comprovação de dolo ou culpa.

Assim, podemos afirmar que a responsabilidade pelos danos decorrentes dos atos omissivos praticados pela administração pública é subjetiva (ARAGÃO,2013,585), sendo esse o entendimento do STF. (Vide: Recurso Extraordinário 237.561-RS)

Em vista do aludido, não basta um dano decorrente de uma omissão estatal para se caracterizar o dever de indenizar, é necessário que a omissão seja culposa, ou seja, é necessário que a administração tivesse o dever de agir e tenha se omitido. Não podemos culpar o ente público toda vez que formos assaltados na rua, alegando que o dano decorreu da falta de segurança que é dever do Estado, mas se ficar comprovado a prática de um assalto ao lado de uma viatura policial e que os policias se omitiram de forma negligente, não impedindo o dano, apesar de poder evitá-lo, aí sim teremos a possibilidade do Estado responder pelos atos praticado pelos seus agentes.

Entretanto, a referida lógica não se aplica quando o Estado está na situação de garante, como no caso dos presídios, situação em que necessariamente haverá a responsabilidade estatal objetiva, indepen-

dentemente de se estar diante de uma ação ou de uma omissão. (Vide: Recurso Extraordinário 841526), principalmente se for levando em consideração que, tal como já decidiu o STF, o sistema prisional brasileiro se encontra em um verdadeiro “estado de coisas inconstitucionais.” (SANTOS; VIEIRA; DAMASCENO, 2015, p.2604.).

3 Responsabilidade por atos jurisdicionais.

É antiga a discussão acerca da responsabilidade do Poder Judiciário pelos atos praticados pelos seus agentes. Em verdade, assim como é sabido, o Poder Judiciário pratica como atividade fins atos jurisdicionais, porém também pratica atos administrativos.

No que tange a prática de atos administrativos não há dúvida: existe sim responsabilidade objetiva do Poder Judiciário, como pessoa jurídica de direito público que pratica atividade pública.

Entretanto, não podemos dizer o mesmo no que tange os atos jurisdicionais, uma vez que quanto aos mesmos a nossa doutrina e a nossa jurisprudência afirmam que, como regra, não há o que se falar em responsabilidade pelos atos tipicamente jurisdicionais.

Os argumentos para a tese acima são variados, como a soberania do Poder Judiciário, a independência funcional dos magistrados, bem como a preservação da coisa julgada. (AGUIAR JUNIOR, 1993, p.20.) No entanto, ousamos discordar do referido entendimento.

No que tange a autonomia, ou soberania como dizem alguns, do Poder Judiciário, não conseguimos enxergar como a mesma pode impedir a responsabilidade estatal. Não podemos, como base na autonomia, dar carta branca para arbitrariedade, além do mais, cabe ao próprio Poder Judiciário avaliar a sua responsabilidade, não havendo, assim, o que se falar em ofensa à separação de poderes.

Também não podemos aceitar a tese da autonomia funcional do magistrado. Em verdade, todos aqueles que exercem uma carreira de Estado possuem autonomia, como os promotores, os advogados públicos e os defensores públicos, nem por isso se fala que há irresponsabilidade pelos atos praticados pelos mesmos, não se fala que eles não poderão se responsabilizar quando agirem com dolo ou culpa. Não pode existir um agente público irresponsável, isso fere

a segurança jurídica dos cidadãos e os mais mezinhos princípios do direito público.

No que tange a preservação da coisa julgada, também não enxergamos como a mesma pode vir a ser prejudicada, não estamos querendo levantar mais uma tese acerca da desconstituição da coisa julgada, estamos apenas querendo que exista a responsabilização do Estado pela sentença mal elaborada, o que não implica em fulminar a mesma, mas apenas em ressarcir a parte que foi prejudicada. De qualquer forma, existem mecanismos para desconstituir a própria coisa julgada, como a ação rescisória. (AGUIAR JUNIOR, 1993.p.26.)

Assim, acreditamos que deve existir responsabilidade estatal pelos atos jurisdicionais, alguns doutrinadores e algumas decisões já caminham nesse sentido.

Em tempo, o inciso LXXV, do artigo 5º, da CF88 prevê a responsabilidade civil do Estado por erro judiciário⁹. Desse modo, ao que parece, o entendimento de que há irresponsabilidade pelos atos estatais parece ir de encontro ao tipificado na legislação constitucional e infraconstitucional em vigor.

O STF, por seu turno, ainda tem uma jurisprudência tímida acerca do tema, apesar de decisões no sentido de ser possível a condenação do Estado por erro judiciário na esfera penal quando houver comprovação da falha do sistema de justiça, o que seria o caso de uma responsabilidade subjetiva e não objetiva. (Vide: Recurso Extraordinário 505.393/PE).

4 Responsabilidade por atos legislativos

Da mesma forma como acontece com os atos jurisdicionais, também há discussão acerca da responsabilidade pelos atos legislativos.

De antemão, é importante frisar que no tocante aos atos administrativos praticados pelo Poder Legislativo não há discussão: assim como acontece com o Poder Judiciário, também há responsabilidade pelos danos oriundos dos mesmos.

9 Constituição da República Brasileira de 1988, Art.5º: LXXV - o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença.

A dúvida se dá no que tange os atos tipicamente legislativos. A doutrina e a jurisprudência vêm considerando que, em regra, o Poder Legislativo é irresponsável pela prática dos mesmos, em face de diversos motivos, como a autonomia ou soberania do Poder Legislativo e a impossibilidade de responsabilizar os representantes do próprio povo.

Por outro lado, existem vozes doutrinárias afirmando que o Poder Legislativo pode ser responsabilizado pelos atos tipicamente legislativos em ao menos duas situações, quais sejam: as leis de efeitos concretos, que não são materialmente atos legislativos. (ARAGÃO, 2013, p.396), bem como as leis inconstitucionais.

Concordamos com entendimento *supra*. No que tange as leis de efeitos concretos, em verdade, elas não podem ser consideradas leis no sentido lato, tendo em vista que são desprovidas de abstração e generalidade, sendo, em verdade, atos administrativos e como tais devem ser tratados.

No que diz respeito às leis inconstitucionais, esse parece ser o grande *feeling* da discussão. Se uma lei é constitucional, não deve gerar danos aos particulares, caso gerem, os mesmos deverão, como regra, serem suportados pelo cidadão, pois não há o que se falar em ilicitude dos mesmos. Por outro lado, caso uma lei seja inconstitucional, os danos oriundos da mesma não podem vir a serem suportados pelo particular, caso contrário, os legisladores agirão como bem entenderem, existirá a já comentada carta branca para a prática de arbitrariedades, o que também fere a segurança jurídica e os princípios que devem reger a Administração Pública. Desse modo, há decisões do STF reconhecendo o dever de indenização quando se estiver diante de uma lei declarada inconstitucional. (Vide: Recurso Extraordinário número 153.464).

Ante o exposto, acredita-se que a possibilidade de responsabilização do Poder Legislativo no caso acima será mais uma forma de fiscalização do mesmo, preservando, assim, a real vontade do povo, que não pode ver os seus representantes agindo de forma totalmente livre e arbitrária, pois os mesmos não agem em nome próprio e sim em nome daqueles que os elegeram.

CONCLUSÃO

O presente trabalho procurou fazer uma abordagem sobre a responsabilidade civil do Estado conforme o entendimento do STF. Não

procuramos resolver nenhuma das discussões apresentadas, mas apenas apresentar o ponto de vista de quem estuda e pesquisa o assunto.

Vimos que, na atualidade, as pessoas jurídicas de direito público e as privadas prestadoras de serviço público respondem objetivamente pelos atos comissivos que praticam e subjetivamente pela sua omissão.

Percebemos também que os agentes que praticam o ato só respondem se agirem com culpa e dolo.

Fizemos uma breve análise sobre a responsabilidade do Poder Judiciário e do Poder legislativo, onde percebemos não existir maiores discussões quanto ao fato de que os mesmos respondem de forma objetiva quando praticam atos tipicamente administrativos.

No que tange aos atos fins praticados pelos dois poderes acima, é tradicional a corrente que diz que os mesmos são irresponsáveis, existindo, por outro lado, uma tendência atual para considerar a responsabilidade em situações pontuais e excepcionais.

Assim, em face do estudo realizado, concluímos dizendo que existe à vontade de proteger os cidadãos das arbitrariedades estatais. No que tange os atos comissivos tipicamente administrativos, essa proteção é total; no que tange os atos omissivos essa proteção é mitigada, mas real; já no que tange aos atos tipicamente jurisdicionais e aos atos tipicamente legislativos a referida proteção caminha a passos curtos, mas caminha, existindo uma tendência em proteger os administrados contra os atos indevidos praticados também pelos poderes Legislativo e Judiciário.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS. V.9, 1993. [16-40].

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 1998.

- FERREIRA, Roberval Rocha. **A constituição segundo a jurisprudência do supremo tribunal federal**. Olinda: LivroRápido, 2005.
- MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 5ªed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. Cit., 21 ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero e José Emmanuel Burle Filho. Malheiros, 1996.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso De Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros. 2004.
- SANTOS, Helena Maria Pereira; VIEIRA, José Ribas; DAMASCENO, Luana Regina D´Alessandro; CHAGAS, Tayná Tavares de. **Estado de coisas inconstitucional: um estudo sobre os casos colombiano e brasileiro**. vol. 08, nº. 04, Número Especial. Rio de Janeiro, 2015. pp. 2596-2612.p.2604.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005.

VERIFICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE EM FACE DA PERMISSÃO DE REMARCAÇÃO DO TESTE DE APTIDÃO FÍSICA ÀS CANDIDATAS GESTANTES EM CONCURSO PÚBLICO

Carolina Lopes da Silva.

INTRODUÇÃO

Sabe-se que a participação em concursos públicos cresceu imensamente com o passar do tempo, seja em decorrência da facilidade na divulgação das informações acerca dos certames, no aumento do ensino superior no país, na maior possibilidade dos meios de locomoção entre Estados, bem como na promoção da igualdade, principalmente na de gênero. Com o aumento da participação nos concursos aumenta-se a disputa e, por consequência, novos problemas surgem.

Homens e mulheres são iguais perante a lei, assim como assegura a Constituição Federal (CRFB/1988) no inciso (inc.) I do seu artigo (art.) 5º. Ocorre que, para tratarmos devidamente do tratamento isonômico, torna-se necessário falar da igualdade material, circunstância que faz surgir as diferenças que devem ser tratadas pela lei ou mesmo pela jurisprudência, a fim de criar uma situação de igualdade entre ambos. Considera-se fundamental tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual para, assim, chegar a uma situação de igualdade real.

Sob essa perspectiva que se torna crucial, em uma sociedade demasiadamente competitiva e com o hábito de adquirir certa estabilidade de vida através da aprovação em um concurso público, discutir acerca da possibilidade de remarcação do teste de aptidão física em concursos – quando necessário em razão do cargo a ser preenchido – para as candidatas gestantes, uma vez ser incompatível a realização da prova física às mulheres sem prejuízo ao nascituro.

Concomitantemente, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou recentemente este assunto, em 21 de novembro de 2018, ao negar provimento ao Recurso Extraordinário (RE) nº 1.058.333 quando da apreciação do tema de repercussão geral nº 973, que reconheceu a possibilidade de candidatas gestantes remarcarem o teste de aptidão física com data aprazada durante sua gravidez, independentemente de haver previsão expressa no edital do concurso público. Ressalta-se que o acórdão ainda não fora publicado¹⁰, motivo pelo qual será analisada a repercussão geral mencionada.

Dessa forma, o problema a ser enfrentado será verificar quais os argumentos utilizados pelo STF para corroborar a mudança de entendimento acerca da remarcação do teste de aptidão física em concursos públicos às candidatas gestantes, uma vez que antes não era reconhecida a possibilidade de redefinição da data da prova física. Outrossim, inexistente legislação específica sobre o assunto, dá a importância da verificação jurisprudencial.

Diante do exposto, pretende-se abordar os fundamentos traçados no RE nº 630.733, que demonstram a posição adotada anteriormente pelo STF, objetivando os contrapor com o RE nº 1.058.333. Logo em seguida, será realizada uma descrição acerca do direito fundamental da proteção à maternidade para, por fim, proceder com o exame da proporcionalidade através do seu escalonamento, a fim de verificar se a restrição a este direito, em razão das normas editais que vedam a remarcação do teste físico às candidatas gestantes, configura uma restrição essencial e não excessiva.

Por conseguinte, este trabalho não tem o propósito de esgotar todos os aspectos do direito à maternidade, mas traça os seus principais

10 Verificado no dia 05 de março de 2020.

pontos em relação a necessária proteção das candidatas gestantes, a fim de contribuir com o fomento do debate dessa matéria, pouco realizado pelos juristas. Verifica-se muitos estudos sobre os direitos individuais e pouco aprofundamento dos direitos sociais, sendo que há interdependência dos direitos fundamentais, o que fica claro quando da análise da proteção à maternidade às candidatas para concretização do direito à igualdade, como será visto a seguir.

I ANÁLISE DAS DECISÕES CONTRAPOSTAS NOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS Nº 630.733 E 1.058.333

Em 15 de maio de 2013 fora debatido pelo plenário do STF se há violação ao princípio da igualdade em edital que veda a remarcação do teste de aptidão física em concurso público para data diversa da estipulada em razão de alterações pessoais orgânicas e fisiológicas temporárias do (a) candidato (a). Tal questão fora decidida mediante o RE nº 630.733, que tratou da repercussão geral de tema nº 335, tendo como relator o Ministro Gilmar Mendes.

O respectivo recurso fora resultado do mandado de segurança (MS) impetrado por Marcos Lacerda Andrade, candidato ao cargo de agente da Polícia Federal que, no dia da realização da prova física, estava com problemas temporários de saúde, mais especificamente com inflamação dos tendões do cotovelo, fato devidamente corroborado nos autos através de atestado médico. A segurança fora concedida, vindo a ser proferida posteriormente sentença concessiva do remédio constitucional.

Em segunda instância, o Tribunal Regional Federal (TRF) da 1ª Região manteve a sentença sob o argumento de que a Instrução Normativa nº 5/2001 ANP/DPF, incumbida de regulamentar a aplicação da prova de capacidade física nos processos seletivos efetuados pela Academia Nacional de Polícia, afigura-se ofensiva ao princípio da isonomia ao não levar em consideração as alterações psicológicas e fisiológicas temporárias dos (as) candidatos (as), motivo que ensejou a interposição do recurso.

Nas razões recursais do RE, a recorrente, Fundação Universidade de Brasília, sustenta que a possibilidade de se realizar a remarcação da pro-

va física para data diversa da prevista no edital viola os artigos 5º, *caput* e 37, *caput*, da CRFB/1988. Ademais, defende que a administração pública sofreria um gasto financeiro e de tempo enorme se tivesse que acatar cada situação enfrentada pelos candidatos no momento das provas, sendo que a isonomia material não pode prevalecer em face do interesse público.

Ante o exposto, o Ministro Gilmar Mendes declarou que cabe às bancas examinadoras decidirem pela inclusão ou não de cláusula em edital que possibilite a remarcação do teste físico, assim como a vedação à sua remarcação não viola o princípio da isonomia, pois seria desobediência ao preceito constitucional apenas se houvesse a possibilidade de redefinir a data da prova e fosse permitido somente a alguns candidatos fazerem em detrimento de outros nas mesmas condições. Ainda, afirmou que o princípio da igualdade não enseja, por si só, a realização de segunda chamada em testes físicos de concursos públicos em decorrência de situações individuais e pessoais dos candidatos.

Suscitou, ainda, que a possibilidade do candidato realizar a segunda chamada da prova física pode ocasionar em uma terceira remarcação, vez que o candidato pode não estar em plenas condições de realizar a segunda chamada, devendo haver um limite para admitir a remarcação do teste. Em contrapartida, o processo seletivo pode acabar por ser inviabilizado em razão das remarcações oriundas das mais diversas situações sofridas pelos candidatos, resultando em concursos abertos por prazos indeterminados, além de todo movimento necessário da máquina estatal para atender alguns inscritos. Para ele, deve-se levar em conta o interesse público.

Quanto à igualdade material e formal, o Ministro Teori Zavascki – responsável por levantar esta questão no julgamento – expõe que o objetivo do concurso público é selecionar os candidatos que melhor atendam aos requisitos previamente e objetivamente estabelecidos em lei ou edital, constituindo-se, assim, em um procedimento formal complexo que deve estar atrelado ao princípio da impessoalidade. A impessoalidade resulta na inibição de tratamento diferenciado do que o anteriormente previsto aos candidatos. Dessa forma, a igualdade seria refletida na igualdade de oportunidade de concorrer.

Conforme fundamentado pelo dito ministro, o princípio da igualdade nos certames públicos deve levar em consideração a administra-

ção pública e a efetivação do procedimento do concurso, sendo de responsabilidade do próprio candidato os seus problemas particulares que venham o impedir de realizar o teste físico. A alternativa de levar em consideração a multiplicidade de situações individuais compromete profundamente o interesse público, a finalidade administrativa e a eficiência na realização do concurso. Prevalece, portanto, a igualdade formal nos certames.

Ao final, fora formado o entendimento, por maioria, de que há vinculação da administração e dos candidatos às normas do edital. Sendo assim, se o edital coibir a remarcação do teste de aptidão física para data diversa da prevista não há que se falar em violação ao princípio da isonomia, pois este será respeitado em face dos postulados da impessoalidade e da supremacia do interesse público. Importante mencionar que houve divergência por parte do Ministro Marco Aurélio, o qual suscitou que o edital deve ser deixado em segundo plano quando demonstrada justa causa pelo candidato em decorrência do não comparecimento no dia do teste de esforço físico.

À vista disso, perceptível que o STF fora mudando o seu entendimento. Antes do recém analisado RE nº 630.733 a sua posição era de que lesão ou outra causa de incapacidade ocasionada **durante** a realização do teste físico não autorizaria a realização de novo teste, pois estaria demonstrando o despreparo físico do candidato. Todavia, o **evento anterior** que gerasse incapacidade temporária para a execução da prova no dia aprazado constituiria motivo autorizador de novo exame sem violar os princípios da igualdade e da impessoalidade, tendo em vista que se trata de etapa classificatória do concurso e a sua realização em dias diferentes não promoveria tratamento desigual aos concorrentes.

De outra forma, com o julgamento do RE nº 630.733 compreendeu-se que é preciso haver um critério vinculante para a administração pública e para os candidatos às regras do concurso. Para tanto, considera-se o edital a lei do certame. A concessão de tratamento diferenciado nos casos de alteração psicológica ou fisiológica temporária não consignadas previamente no edital – porquanto podem estar apontadas – obsta a pretensão relativa à remarcação do teste de aptidão física para ingresso em cargo público sob pena de violação dos princípios da impessoalidade e da isonomia.

Posteriormente (sendo a posição atual do tribunal), mediante o RE nº 1.058.333, interpretou-se que há a possibilidade de remarcação do teste de aptidão física para as candidatas que estejam grávidas na época de sua realização, independentemente de haver previsão expressa nesse sentido no edital do concurso público. A solução para esta questão, segundo o Ministro Luiz Fux, relator, seria continuar normalmente com o concurso, porém com a reserva do número de vagas para a situação excepcional da (s) candidata (s) gestante (s). Caso a candidata obtenha aprovação e classificação posteriormente com a realização do teste físico, ela será empossada na vaga reservada, caso contrário, será chamado o candidato remanescente na lista de classificação.

De acordo com o referido ministro, gravidez é completamente diferente de problemas temporários de saúde, bem como de motivos oriundos de força maior, razão pela qual não se pode atribuir às candidatas gestantes o posicionamento adotado anteriormente. Segundo ele, se revela contrário ao princípio da isonomia a criação de restrições às mulheres em razão de sua gravidez, uma vez que a proteção à maternidade está expressamente prevista como um direito social. Outrossim, a gravidez resulta em uma falta de autonomia e limitação à mulher que acaba por refletir no alcance de sua autonomia econômica, tanto que é nítido a dificuldade enfrentada pelas mulheres em se inserir no mercado de trabalho após o período gestacional e atingir cargos de maior prestígio e remuneração. Em razão disso, não pode a administração pública usar a gravidez como motivo para fundamentar a impossibilidade de remarcação de provas físicas que irão provocar esforço físico incompatível com a fase gestacional.

O RE nº 1.058.333 iniciou-se em julho de 2013 com um MS impetrado por uma candidata inscrita no concurso público para o cargo de Policial Militar do Estado do Paraná em face do ato do Diretor de Pessoal da Polícia Militar do Estado do Paraná e do Presidente do Concurso, regulado pelo Edital nº 1.107/2012. Narra a impetrante que obteve aprovação na primeira fase do certame, correspondente à prova intelectual, vindo a ser convocada para a segunda fase atinente ao exame de capacitação física (ECAFI). Ocorre que ela estava grávida de seis meses no período do teste físico, motivo pelo qual pediu administrativamente para realizar a prova após sua gravidez, o qual fora indeferido

sob o argumento de que os testes do ECAFI seriam realizados impreterivelmente na data agendada.

Por outro lado, na apresentação de informações, o Presidente do Concurso Público se apoiou no RE nº 630.733 para vedar a remarcação do teste físico, explanando que a sua remarcação violaria: (a) o princípio da isonomia, uma vez que não haveria essa possibilidade aos candidatos que sofressem de alguma limitação física temporária; (b) o princípio da eficiência, porquanto ensejaria um atraso para concluir o processo de seleção; (c) o princípio da supremacia do interesse público em decorrência do descumprimento do edital. Todavia, a segurança fora concedida definitivamente pelo magistrado e confirmada pelos desembargadores, os quais asseveraram que a gravidez constitui hipótese de força maior, daí o porquê de permitir a remarcação da prova física.

Assim, o STF, excepcionou o entendimento que vinha adotando, uma vez que, assim como asseverado pelo Relator Ministro Luiz Fux, a gravidez refere-se a uma condição especial que a mulher possui de gerar um filho, o que não pode contar a seu desfavor no concurso ou em qualquer outra situação. Para ele, mister verificar se há violação ao princípio da igualdade ou de outros valores atribuídos pelo constituinte quando da remarcação do teste de aptidão física, uma vez que a vedação da remarcação acarreta na eliminação da candidata gestante ou, ainda, pode vir a colocar em risco a saúde da mulher e do próprio nascituro se ela fizer a prova.

A fim de obedecer ao princípio da igualdade de gênero assegurado constitucionalmente, deve-se, segundo o Ministro Luiz Fux, permitir um acesso mais isonômico a cargos públicos através da neutralização da desvantagem que a mulher tem em razão da sua condição natural de gravidez. Permita-se, ao se igualar as circunstâncias entre homens e mulheres o máximo possível, que estas continuem em busca de suas ambições e projetos de vida, situação comumente deixada de lado durante a maternidade.

II A RELEVÂNCIA DA PROTEÇÃO À MATERNIDADE PARA A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À IGUALDADE MATERIAL

Verificou-se constantemente a alegação de que a previsão de uma segunda chamada do teste de aptidão física às gestantes violaria o prin-

cípio da isonomia, uma vez que os outros candidatos que sofressem algum problema temporário de saúde ou padecessem de algum outro motivo de força maior não desfrutariam da mesma possibilidade de realizar a prova em data diversa. Conjuntamente com a violação do princípio da isonomia, estaria ferindo o princípio da impessoalidade da administração pública ao não tratar todos os candidatos de forma igualitária ao decorrer do certame.

À vista disso, mister olhar para o outro lado da administração pública para melhor compreender os direitos em questão, ou seja, o lado da mulher, especialmente da mulher grávida, titular do direito fundamental à maternidade, tendo em vista que há, de forma oposta, o Estado, considerado o maior violador de direitos fundamentais ao decorrer da história. Com isso, o estudo dos direitos fundamentais torna-se extremamente importante no momento em que começamos a indagar acerca de quem pode restringir um direito fundamental, em quais situações esse direito poderá ser restringido e, ainda, quais são as condições para se poder restringir tal direito (DIMOULIS; MARTINS, 2012, p. 123-124).

Mister destacar que a proteção à maternidade, em que pese pouco discutida no ordenamento jurídico – quando comparada com outros direitos fundamentais sociais e principalmente individuais –, não se trata de um direito assegurado unicamente pela CRFB/1988, consoante seu art. 6º, *caput*. A proteção à maternidade fora prevista na Constituição de 1934, em seu art. 141, a qual sofreu grande influência da Constituição de Weimer, assim como também fora prevista posteriormente na Constituição de 1946, porém, sob a nomenclatura de assistência, e não proteção, à maternidade, em seu art. 164 (SARLET, 2019, p. 619-620). Não se trata, portanto, de um direito novo.

Concomitantemente, em âmbito internacional, o direito à proteção da maternidade é anunciado na Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. XXV, nº 2); no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais¹¹ (art. 10); na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (art. VII) e, também, na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a

11 Brasil é signatário, tendo incorporado através do Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992.

mulher¹² (arts. 4º, 5º, 11), o que só demonstra a importância atribuída a este direito.

Para compreender o direito social de proteção à maternidade, deve-se realizar uma leitura sistemática das normas constitucionais, em especial do direito individual de igualdade (art. 5º, *caput* e inc. I), do direito social à saúde e da proteção à infância (ambos no art. 6º, *caput* c/c art. 196), bem como dos direitos fundamentais da criança e do adolescente (art. 227). Ademais, a realização do direito fundamental à maternidade possui estreito vínculo com o objetivo fundamental da República Federativa do Brasil de construir uma sociedade justa (art. 3º, inc. I) e de promover o bem de todos, sem preconceito de sexo (art. 3º, inc. IV).

Indo além, o direito social de proteção à maternidade, por também ser um direito fundamental, expressa parcela do conteúdo e dimensão do princípio da dignidade da pessoa humana (SARLET, 2019, p. 620), sendo que a dignidade não trata de aspectos específicos da existência humana, mas refere-se à uma qualidade inerente a todo ser humano. Trata-se, pois, de uma qualidade com um valor próprio, responsável por identificar o ser humano como tal (SARLET, 2005, p. 16), havendo diversas dimensões da dignidade.

Dessa forma, a dignidade gera para a mulher o direito de decidir, de forma autônoma, sobre o seu planejamento familiar. Escolha que deve ser considerada e respeitada pela comunidade e, principalmente, pelo Estado, em razão de sua condição humana. A mulher não pode ser descaracterizada e desconsiderada como sujeita de direitos, principalmente quando verificado que ela possui alguns direitos distintos em relação ao homem, como a proteção à maternidade, sob pena de ter sua dignidade violada. A mulher, portanto, não pode ser colocada em desvantagem em prol do homem. Em consequência, o respeito à igualdade em sua dimensão material proporciona maior concretização da dignidade da mulher.

Notória afirmação de Aristóteles já demonstra que se deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade. São compatíveis com o princípio da igualdade material

12 Brasil também é signatário, tendo incorporado através do Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002.

aquelas discriminações atribuídas com base na peculiaridade diferencial escolhida – mulheres engravidam e possuem direito de engravidar – e na desigualdade de tratamento a ser atribuída em face da Constituição Federal – possibilidade de remarcar o teste de aptidão física em razão do direito fundamental de proteção à maternidade – (MELLO, 1978, p. 24). Nesse sentido, a igualdade material irá abarcar quem é biologicamente diferente, como é o caso da mulher, que tem que amamentar, que irá gerar um filho, que tem todas essas consequências biológicas, devendo ter uma proteção em termos de direito que o homem não tem.

Também tem que se levar em consideração que “o lugar dado pelo Direito à mulher sempre foi um não-lugar. Sua presença na História é uma história de ausência”. (DIAS, 2019, p. 1). História de ausências porque os direitos das mulheres não são contemplados, vez que a construção do nosso sistema jurídico foi pensada inicialmente de forma exclusiva aos homens, até que surgiu a igualdade às mulheres, mas com base em regimes jurídicos já existentes, feitos para aqueles. Esta é a razão pela qual deve-se ter um olhar para as diferenças e começar a pensar na proteção da mulher, em especial à gestante, pois se não somos mães, somos, certamente, filhos de uma.

Outrossim, o âmbito normativo da proteção à maternidade abrange todo o período entre a concepção, gestação, nascimento e primeiros anos de vida da criança, de modo a assegurar o bem-estar da mãe e do filho (SARLET, 2019, p. 695). Destarte, ao falar do direito à maternidade deve-se pensar de forma diferenciada quando em relação a outros direitos, pois aqui não se está protegendo uma única pessoa, mas sim o nascituro, a criança, em conjunto com a gestante e mãe, havendo, portanto, dois titulares desse direito (SARLET, 2019, p. 696).

Face ao exposto, não há como afastar por completo o argumento de que a remarcação da prova física pode vir a ocasionar em um tumulto nas demais etapas do concurso. Nada obstante, não se pode desprezar a importância do direito à maternidade e de como devemos, enquanto comunidade e Estado, criar mecanismos para a proteção deste direito, pois a mãe realiza um dos trabalhos mais importantes: o de criar e preparar cidadãos decentes para o futuro.

Além do mais, no momento que se assegura a proteção à maternidade às gestantes, se está respeitando o princípio da dignidade da

pessoa humana através da preservação da autonomia da mulher e da autodeterminação de sua conduta. Sarlet (2005, p. 34-35) deixa tal argumento cristalino ao asseverar que:

O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida [da gestante e do nascituro] e pela integridade física [da mulher grávida] e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia [autonomia para decidir fazer um concurso que irá refletir na sua existência], a igualdade (em direitos e dignidades) [igualdade material] e os direitos fundamentais [direito fundamental à maternidade] não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças.

O princípio da dignidade da pessoa humana adquire, também, uma importância quando da restrição dos direitos fundamentais, uma vez que nenhuma restrição poderá ser desproporcional, tampouco poderá afetar o núcleo essencial do direito restringido (SARLET, 2010, p. 136). Será importante, então, verificar as eventuais consequências na decisão casuística a fim de proteger a dignidade das candidatas gestantes através do exame da proporcionalidade, tendo como objetivo verificar a intensidade da restrição cometida, se excessiva ou se razoável.

Parafraseando o disposto em Dimoulis; Martins (2012, p. 124), a candidata gestante considera o direito à maternidade um direito fundamental, logo, ela se considera titular desse direito. Ocorre que a administração pública impede o exercício desse direito mediante uma ação, ou seja, através da proibição de uma segunda chamada referente ao teste de aptidão física. Consequentemente, a candidata protesta. A administração pública responde que o edital do concurso não permite o exercício desse direito ao mesmo tempo em que a gestante assevera ser um direito constante na Constituição Federal e que o impedimento do seu exercício configura uma violação segundo o princípio da supremacia da Constituição, o que faz a administração discordar. Por fim,

os magistrados e desembargadores acabam por decidir essa questão por meio de um controle difuso de constitucionalidade, mediante julgamento do MS impetrado e do recurso posteriormente interposto, assim como o STF, por intermédio do julgamento do RE, a fim de saber se o edital viola a Constituição e se a candidata pode exercer o seu direito fundamental à maternidade.

III EXAME DA PROPORCIONALIDADE SOB A ÓTICA DA REMARCAÇÃO DO TESTE DE APTIDÃO FÍSICA

Passar-se-á ao exame preliminar da proporcionalidade, chamado de indagação de finalidade legítima. O edital nº 1.107/2012¹³, referente ao concurso público para preenchimento de vagas de soldado policial militar e de soldado bombeiro militar da Polícia Militar do Paraná, restringe a possibilidade de realizar o exame de capacidade física às candidatas gestantes ao asseverar que não será marcada nova data para o teste aos candidatos impossibilitados de comparecer no dia, ainda que a impossibilidade seja temporária. Tais candidatas alegam que isso fere o direito fundamental da proteção à maternidade, pois a gestante possui duas opções: desistir do concurso público ou realizar o exame físico sem considerar os riscos que poderão surgir ao nascituro em decorrência do esforço cometido. Há, portanto, um interesse legítimo a ser analisado.

No primeiro nível do exame da proporcionalidade se tem a adequação, onde cabe verificar se a medida restritiva imposta pelo edital é adequada para o fim proposto, isto é, se é útil para os fins que dele se espera. Assim, a administração **pública, preocupada com a demora no concurso, cria normas** editais vedando a remarcação do teste de aptidão física, independentemente das circunstâncias dos candidatos. Resolve, portanto, adotar o princípio da igualdade formal em face da celeridade que se espera dos procedimentos de seleção do certame. Percebe-se que há um argumento racional que justifica o nexo de causalidade, pois a vedação de novas datas da prova física contribui com o fim almejado, qual seja: prestação no trâmite do concurso público para

13 Disponível em: http://concursos.fafipa.org/concurso/concursos/arquivos/pmpr_edital1107.pdf?. Acesso em: 22 out. 2019.

preenchimento de vagas de soldado e bombeiro militar, logo, é uma medida adequada.

Ocorre que, a proibição de novas datas para a realização do exame de capacidade física restringe a participação de alguns dos inscritos no concurso, tendo em vista que eles possuíam maior liberdade antes da elaboração do edital. Restringe, principalmente, a participação das mulheres que estão grávidas e que estão inscritas no certame, uma vez que a realização da atividade física, dependendo do seu mês gestacional, poderá causar danos ao nascituro, o que fará com que nenhuma dessas candidatas se submeta ao teste físico. Então, se restringe o direito dessas mulheres, precisamos verificar se essa limitação é proporcional, porque preserva o conteúdo essencial do direito fundamental à proteção à maternidade, ou se é desproporcional, porquanto esmaga o seu conteúdo essencial.

Aprovado no primeiro nível, passa-se para análise do segundo, onde se tem a necessidade, momento de verificar se a medida imposta realmente é necessária ou se há uma outra medida que chegue ao mesmo resultado, porém restringindo menos os direitos fundamentais em questão. Sucede-se que não se confere outra forma de acelerar a tramitação no certame público, ou ao menos outra forma que não venha inviabilizar o concurso. A única maneira seria que candidatas que demonstrassem impedimento no dia do teste não o realizassem, passando para a seguinte etapa do concurso, todavia, tal conduta configuraria **nítida violação ao princípio da impessoalidade, tendo em vista que nem todos os candidatos gozarão de tratamento igual na tramitação do** processo. Alguns terão que perder horas praticando para o exame de capacidade física, enquanto outros, mediante um simples atestado, se absterão dessa etapa, passando consecutivamente para a próxima, o que está fora de cogitação. Sendo assim, a medida é necessária.

Após esse nível, chega-se ao terceiro e último, denominado de proporcionalidade em sentido estrito, circunstância onde realiza-se a ponderação propriamente dita, a qual se utiliza de uma argumentação racional. Momento de se descobrir se as vantagens obtidas pelo meio restritivo empregado são consumidas ou anuladas pelas desvantagens que o emprego do respectivo meio gera.

Deve-se questionar o que é mais vantajoso: uma tramitação célere no concurso público, a fim de preencher o mais rápido possível as vagas imprescindíveis à administração pública, **fazendo prevalecer, conseqüentemente, o princípio da supremacia do interesse público ou, por outro lado, fazer ser devidamente respeitado o direito fundamental à proteção à maternidade previsto expressamente na Constituição Federal ao permitir que candidatas gestantes possam remarcar a data para realização do exame de capacidade física.**

Os resultados oriundos da vedação da remarcação da prova não justificam a eliminação das candidatas em razão de sua gravidez, pois por mais que se esteja falando da supremacia do interesse público em decorrência da celeridade do concurso para a administração, assim como para os outros candidatos, quer-se, com a permissão da prova física em data diversa, assegurar o direito à maternidade, o qual constitui um direito formalmente e materialmente fundamental. O direito à maternidade tem relação direta com a dignidade da pessoa humana, em específico com a dignidade da mulher, sendo que a dignidade constitui um fundamento do Estado Democrático de Direito, daí a importância de salvuardá-lo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A questão central resultante na mudança de entendimento adotado pelo STF restringiu-se na possibilidade de remarcação do teste de aptidão física em concurso público em razão da impossibilidade de comparecimento do candidato no dia da prova em decorrência de um impedimento temporário de saúde. Concomitantemente, fora questionado se deve ser aplicado o princípio da igualdade no seu aspecto formal durante o certame, compatibilizando-o com o princípio da impessoalidade da administração pública ou se deve ser aplicada a igualdade no seu sentido material, objetivando uma maior concretização de direitos fundamentais.

De forma cronológica, possível asseverar que o STF fora utilizando os seguintes argumentos: (a) antes do RE nº 630.733 – o candidato que sofrer alguma incapacidade temporária ocasionada antes da data

da prova física poderá solicitar a sua remarcação, pois tal conduta não promoveria um tratamento desigual entre os concorrentes; (b) com o RE nº 630.733 – só poderá haver remarcação do teste de aptidão física em razão de alteração psicológica ou fisiológica do candidato mediante previsão expressa no edital, caso contrário, a redefinição da data resultaria em violação dos princípios da impessoalidade e da isonomia, (c) atual, mediante o RE nº 1.058.333 – o posicionamento adotado anteriormente não se aplica às candidatas gestantes, pois não se pode equiparar o período gestacional com doença, mas sim como uma condição especial de gerar um filho. Dessa forma, as candidatas gestantes poderão solicitar a remarcação da prova física independentemente de previsão em edital em razão da igualdade material.

Verifica-se que determinada decisão foi alvo de muitas críticas, uma vez que muda todo o funcionamento dos certames da forma como até então vinha sendo executado. A remarcação de uma etapa do processo que antes poderia ser interpretada como um aumento na morosidade e até inviabilidade dos concursos públicos atualmente é vista como necessária sob o aspecto da candidata gestante, situação que impõe a proteção de dois sujeitos: da mulher e do nascituro.

Por conseguinte, realizado o exame da proporcionalidade, nota-se que a vedação às candidatas gestantes em realizar o exame de aptidão física em data diversa consiste em uma restrição não essencial e excessiva porquanto não protege a maternidade durante a gestação. Impedir a redefinição da data da prova irá fazer com que inúmeras gestantes desistam do concurso em prol do seu filho, aumentando cada vez mais a já existente atuação limitada da mulher em sociedade, a qual possui uma vida feita de escolhas pelo simples fato de ser mulher e de, como consequência, ficar grávida. Tornar-se mãe não pode ser visto como um problema, tampouco deve impedir a mulher de almejar empregos melhores.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 1.058.333 – PR. Recorrente: Estado do Paraná. Recorrido: Eveline Bonfim Fenilli Spinola. Relator: Ministro

Luiz Fux. Brasília. 02 nov. 2017. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+1058333%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EPRCR%2E+ADJ2+1058333%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/yb8thd89>. Acesso em: 16 out. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 630.733 – DF. Recorrente: Fundação Universidade de Brasília – FUB. Recorrido: Marcos Lacerda Andrade. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 15 mai. 2013. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+630733%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+630733%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ceoywp>. Acesso em: 15 out. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 376.607 – DF. Agravante: Distrito Federal. Agravado: Célia Doroteu Delmondes. Relator: Ministro Eros Grau. 28 mar. 2006. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+376607%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+376607%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bads274>. Acesso em: 21 out. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 497.350 – CE. Agravante: Estado do Ceará. Agravado: Maria Helena Gomes de Souza. Relator: Ministra Carmen Lúcia. 26 mai. 2009. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+497350%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+497350%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/mkc3q5w>. Acesso em: 21 out. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 598.759 – AL. Agravante: Estado de Alagoas. Agravado: Simone Gonzaga de Lima. Relator: Ministra Carmen Lúcia. 27 out.

2009. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+598759%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+598759%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hsqv89o>. Acesso em: 22 out. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 577.309 – DF. Agravante: União. Agravado: Maria Tereza Gonçalves Oliveira.. Relator: Ministro Ayres Britto. 23 nov. 2010. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+577309%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+577309%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yys32fmu>. Acesso em 23: out. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 825.545 – PE. Agravante: Estado de Pernambuco. Agravado: Silvia Helena Malheiros de Albuquerque Farias. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. 13 abr. 2011. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28AI%24%2ESCLA%2E+E+825545%2ENUME%2E%29+OU+%28AI%2EACMS%2E+ADJ2+825545%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/mgceal5>. . Acesso em 23: out. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário 901.116 – RJ. Recorrente: Estado do Rio de Janeiro. Recorrido: Natalia Maria de Oliveira Ferreira Soares. Relator: Ministra Cármen Lúcia. 06 ago. 2015. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ARE%24%2ESCLA%2E+E+901116%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRS%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/yd83khl9>. Acesso em 23: out. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 1.015.798 – MG. Recorrente: Estado de Minas Gerais. Recorrido: Valessa Gizele Ramos de Oliveira. Relator: Ministro Dias Toffoli. 09 fev. 2017. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visua>

[lizarEmenta.asp?s1=000148230&base=baseMonocraticas](#). Acesso em 24 out. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 1.065.080 – MG. Recorrente: Estados de Minas Gerais. Recorrido: Viviane Lilian de Paiva de Albuquerque. Relator: Ministro Celso de Mello. 10 ago. 2017. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+1065080%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/ycx-7toad>. Acesso em 24 out. 2019.

DIAS, Maria Berenice. **A mulher e o direito**. Disponível em: [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_732\)23_a_mulher_e_o_direito.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_732)23_a_mulher_e_o_direito.pdf). Acesso em: 26 out. 2019.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MELO, Celso Antonio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 13-43.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

DA RETIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL DO REGISTRO IMOBILIÁRIO

Loreni Domingos Dalabilia

INTRODUÇÃO:

O objetivo do artigo é fazer um breve panorama dos Registros Públicos no Brasil e no mundo, apontar os elementos específicos do chamado procedimento de jurisdição voluntária de retificação de registro, por via administrativa e a pedido do interessado, previsão legal dos artigos 212 e 213 da Lei 6015/73 e respectivas alterações promovidas pela Lei 10931/04.

Nesse sentido, tratou-se de estabelecer o que é função registral como atividade delegada pelo Estado, destacando a importância da fé pública como um dos mais relevantes princípios registrais. Procurou-se, fundamentado em leis e na visão de vários doutrinadores, dar ênfase aos elementos e requisitos indispensáveis a serem adotados para que se opere, exemplificativamente, uma retificação de área, em face de erro de registro Imobiliário, pouco importando, aliás, se essa retificação é para maior ou para menor - visto que erro é erro, erro não tem dimensão.

Aponta-se determinadas circunstâncias que - no sentir do articulista - ainda provocam a resistência de alguns registradores na utilização do roteiro dos artigos 212 e 213 da Lei 6015/73, sugerindo, ao final, a urgente necessidade de resolver problematização em face de empecilhos na utilidade prática da regra da retificação administrativa.

A metodologia referencial aqui utilizada é predominantemente bibliográfica e, sobretudo, da observação empírica do autor, face a sua atuação profissional no ramo do Direito Imobiliário

AFINAL, O QUE SÃO REGISTROS PÚBLICOS?

Embora a Lei dos Registros Públicos - Lei nº 6.015/73, não tenha conceituado o que seja Registro Público, incontáveis doutrinadores, juristas e outros profissionais do direito, buscaram sua definição. (CENEVIVA, 2002), diz tratar-se de assentamentos realizados em serventias especiais criadas por lei, sendo o Estado que determina a obrigatoriedade da anotação de fatos jurídicos relevantes. No mesmo sentido (TUTIKIAN; TIMM e LAMANA PAIVA, 2008) trouxeram à tona definição do doutrinador Português, ALMEIDA, Carlos Ferreira, que diz ser um Registro público o assento efetuado por um oficial público, constante de livros públicos, do livre conhecimento, direto ou indireto, por todos os interessados, onde se atestam fatos jurídicos conformes com a lei e referentes a uma pessoa ou a uma coisa, conectados entre si pela referência a um assento considerado principal, de modo a assegurar o conhecimento por terceiros da respectiva situação jurídica, e do qual a lei faz derivar, como efeitos mínimos, a presunção do seu conhecimento e a capacidade probatória. Ou, ainda, relevante ensinamento de (CARVALHO, 2001), que justifica facilmente a importância do registro (princípio da inscrição) pela necessidade de dar a conhecer à terceiros (coletividade) a existência dos direitos reais sobre imóveis, uma vez que quando duas pessoas ajustam uma relação real imobiliária, esta transpõe o limite dual das partes e atinge a coletividade, estabelecendo-se o meio que, ao mesmo tempo a traduza e a torne conhecida do público.

“A natureza do serviço registrário é de direito público, quer quanto à execução do serviço ou quanto à fiscalização da atividade. Deve-se, no entanto, ressaltar que as relações do oficial registrador se regem pelas regras do direito privado, estabelecendo-se no direito civil, no direito consumerista e na lei regulamentadora da função registraria a responsabilidade pelos danos que venham a ocorrer na atividade registraria”, *in* SILVEIRA, Mario Antônio. Registro de imóveis: função social e responsabilidades. São Paulo: RCS Editora, 2007. P.22. .

A C.F de 1988, no seu artigo 236 estabeleceu que os serviços notariais e de registro seriam exercidos em caráter privado e exclusivamente por delegação do Poder Público, definindo, inclusive, que o ingresso na atividade notarial e de Registro se daria por concurso público de provas e títulos, dando fim a um viciado e injusto sistema onde se passavam as serventias de pai para filho. Ao dispensar, para determinados casos, a ingerência do poder Judiciário, tinha por objetivo tornar mais eficientes e mais céleres os serviços notariais e de registro prestados a sociedade. No entanto, decorridos vários anos dos poderes que lhes foram atribuídos, ainda persiste a resistência de registradores em utilizar-se do procedimento retificatório de registro como a Legislação determina.

BREVE HISTORIOGRAFIA DO REGISTRO IMOBILIÁRIO:

Houve um tempo em que só existiam as terras, os rios e os animais. Muito tempo depois, oriundos da Ásia, então ligada à América do Norte pelo estreito de Bhering, segundo Antropólogos e historiadores é que teriam chegado os indígenas. Daqueles nômades que desceram até o hemisfério sul, muitos se fixaram no imenso território brasileiro e acabaram sendo, também por longo tempo, os grandes senhores destas terras, fato comprovado por registros da presença do homem no Brasil em diferentes locais, há mais de doze mil anos. Normalmente temporária, aos nativos bastava a posse de um determinado lugar, pois a imensidão das terras, abundância da caça, fartura da pesca, exuberância das matas, eram patrimônio de todos, indistintamente. As raízes dos conflitos quase nunca se encontravam nas questões da terra e as esporádicas invasões eram rechaçadas com arcos e flechas, os instrumentos de defesa de então. Então, teriam vindo os brancos, com seus costumes, suas leis e sua força, tomaram posse do território e o dividiram em capitânias, delimitando-o depois em partes pelas Cartas de Sesmaria, atribuindo-as a eles mesmos e afastando os antigos e legítimos donos. Com o tempo surgiu a necessidade de regulamentar a aquisição das terras e iniciava-se a história do Registro de Imóveis. (LAMANA PAIVA, 2008).

Na antiga Babilônia, o Código de Hamurabi convencionava a proteção à propriedade, relacionando-a não apenas aos homens, mas também aos deuses, a qual era limitada e inserida nos templos como forma de proteção divina. (BOUZON, 2001).

Os hebreus, celebrizaram a classe dos escribas, originários do Direito Egípcio; no Direito Romano havia o equivalente “*scribanus*” e “*serbens*” (escrevente) e do “*tabularis*” (notário), havendo notícia de órgãos certificantes, que eram, sob o nome de escribas e outros idênticos, o tabelião e o escrivão: o primeiro atuava nos atos extrajudiciais; o segundo naqueles em que a Justiça precisava intervir. De um antigo registro egípcio, do ano 185 a.C. apurou-se que na praxe egípcia já estavam a escritura, o cadastro, o registro e o imposto de transmissão, mas não bastava que os contratos fossem registrados, a lei exigia ainda que fossem transcritos no cartório ou no tribunal ou juízo e que fossem depositados no cartório do conservador dos contratos. (BATALHA, 1979).

Leituras apontam para o fato de que o Papa Gregório IX foi quem primeiro empregou a palavra “nota” para designar a escrita primordial e original. Sabe-se, ainda, ter sido no Direito Canônico, onde primeiramente se estabeleceram as formalidades e a publicidade dos atos jurídicos, sendo que nesse período os notários já detinham a fé pública. Dentro do feudalismo francês, o direito de lavrar os atos confundia-se com o de fazer justiça, apresentando-se o serventuário com atributos de equivalência judiciária e que no foro judicial, mais presentemente, o escrivão seria o que o tabelião e o oficial de Registros são para o foro civil e, como tais, têm sua autonomia, sua autoridade própria, não sendo, com certeza, um mero instrumento de execução. (CAMPOS, 1981)

Num panorama histórico do registro de imóveis no Brasil, defende-se que a origem do registro Imobiliário foi fixada pela Lei 601 de 18.09.1850 e que a sua regulamentação - nº 1.318 de 30.01.1854 - estabeleceu que a “posse” de um imóvel deveria passar a ser reconhecida perante o Vigário da Igreja Católica, o que levou essa lei a ser conhecida por ‘Registro do Vigário’, realizado sempre na freguesia da situação de localização do imóvel. (ERPEN, 2002 e LAMANA PAIVA, 1997).

Conclui-se que, em meados do século XIX passou vigorar no Brasil as normas do Registro Paroquial. Após, muitos outros decretos e leis se sucederam até que entrou em vigor, no dia 01 de janeiro de

1917 o Código Civil Brasileiro, que segundo Clóvis Beviláqua (LOUREIRO, Waldemar, apud BALBINO FILHO, Nicolau, *in* Registro de imóveis: doutrina, prática, jurisprudência. 8ª ed., São Paulo, 1996, p.53) “erigiu o registro imobiliário em instituição pública, de caráter jurídico, encarregada de consignar os atos e fatos, que afetem o domínio em suas diferentes situações ou limitações, tomando-o apto a dar certeza à propriedade e garantia ao crédito real, por meio da escrita dos seus livros”. Finalmente, resultou que no dia 31/12/1973 promulgou-se a Lei 6015, regulamentando, finalmente, o tema do Registro de Imóveis, atualmente, ainda em vigor.

Todavia, ao aproximar-se de meio século de vigência e império da Lei 6.015/73, apesar da grande evolução havida em toda a legislação registraria, observa-se que outras modificações devem ser sugeridas - motivadas não apenas pela ânsia de aperfeiçoamento das Leis e do próprio Direito, mas, sobretudo, para adequar o sistema aos grandes avanços sociais e tecnológicos.

DA FUNÇÃO DELEGADA PELO ESTADO AO PARTICULAR:

Os registradores são considerados agentes públicos, da espécie delegada, tratando-se de particulares que recebem a incumbência da execução de determinada atividade, obra ou serviço público e o realizam em nome próprio, por sua conta e risco, mas segundo as normas do Estado e sob a permanente fiscalização deste. (MEIRELLES, 1997)

A delegação, continua ensinando o autor citado, é um ato administrativo complexo - envolve várias etapas, como a realização de concurso público e sua homologação, a nomeação dos candidatos aprovados e a respectiva posse, que é o ato de investir uma pessoa numa certa função e atribuir-lhe os poderes para exercer as atividades dela decorrentes. Os registradores brasileiros são agentes públicos, mas de cunho privado, profissional autônomo, independente, remunerado pelo particular que procura seus serviços, e possuem, inclusive, um quadro de funcionários particulares. A função do registrador decorre de delegação, porém com características totalmente privadas, tanto que o Estado tão-somente fiscaliza a atuação deles.

Nesse sentido também é a conclusão de Leonardo Brandelli (BRANDELLI, 2007) ao afirmar que apesar da autonomia que tais profissionais têm no exercício da sua atividade, considerando-se que a atividade registral se consubstancia em um serviço público originário, apenas delegado pelo Estado a eles, para prestação de serviço público em caráter privado, torna-se evidente a subordinação da categoria às normas aplicáveis à Administração Pública em geral.

A INTERESSANTE CARACTERÍSTICA DO SISTEMA REGISTRAL BRASILEIRO:

Uma combinação do sistema “publicista” alemão e do sistema “privatista” francês é o que caracteriza o sistema Registral Brasileiro. Infere-se que em nosso sistema valorizamos o Título (que é próprio do sistema francês) e o Registro (que é típico do sistema alemão). O comprador, efetivamente, na maioria quase absoluta das vezes, apenas se torna proprietário depois de formalizado o negócio jurídico por escritura pública de compra e venda (exemplo de exceção legal é a usucapião) e tendo-a registrado no Ofício do Registro imobiliário. (DINIZ, 2004).

Diferentemente da Alemanha, no Brasil o Registro tem presunção de veracidade relativa, vez que não se desvincula do Título, permanecendo vinculado à sua causa, isto é, ao Título. No Brasil, o direito real é o resultado de dois elementos: o Título e o Registro. Não há, após o registro, nenhuma desvinculação ou corte do Título, que é a causa que originou o registro, por isso é o Registro que determina, pela sua presunção de veracidade, que o ônus da prova para desconstituí-lo seja de quem o ataca.

Em nosso País, embora o registro geralmente tenha caráter constitutivo em face da influência do direito Francês, não tem, evidentemente, função saneadora, pois se o título for constituído com vícios de consentimento insanáveis, mesmo tendo sido registrado, ele poderá ser anulado, por nulidade absoluta ou relativa, pois terá contaminado o registro. Daí a necessidade do rigor da qualificação registral, que se inicia já com o protocolo. No direito alemão, como já se viu, contrariamente ao nosso, após o registro há presunção absoluta da veracidade do que

está registrado. E lá, repito, constituído o direito real, este não mais pode ser contestado, pois o registro se desliga do negócio jurídico que deu causa ao registro e que não mais é levado em consideração.

Nesse sentido, já há mais de uma década, MACEDO, Elaine Harzheim, então ilustre desembargadora do TJ/RS proferia decisão cível, em grau recursal - Acórdão sob nº nº70027488212-2008 - dizendo com absoluta razão, ser de fundamental importância aos operadores do direito Imobiliário “saber distinguir o processo de dúvida e o processo de retificação dos registros públicos, pois o processo de dúvida regulamentado pelos artigos 198/207 da Lei 6015, que pode tanto ser provocado pelo próprio interessado (dúvida indireta - Art. 198), ou pelo registrador (dúvida direta - Art. 199), o objeto da prestação jurisdicional é o *Título* levado a registro, nada se decidindo sobre o *Registro*. Em suma, nesse caso, o que será sempre decidido pelo Poder Judiciário é se o *Título* está hábil a ser registrado ou não. De outra banda, já no processo de retificação de registro o bem da vida tutelado e objeto de decisão é o Registro (lançamento) constante do álbum público, porque este se encontra, em tese, em desacordo com a realidade fática por erro. Erro no lançamento do registro, é óbvio. Erro porque também os registros públicos são resultado do agir humano, irremediavelmente sujeitos ao erro. São, portanto, dois caminhos, tanto na esfera administrativa como na jurisdicional, distintos entre si e que não se confundem, não apenas no procedimento, como na tutela a ser prestada”.

Cabe aqui fazer uma ressalva: na experiência empírica desse articulista, foi possível constatar que alguns registradores discordam do entendimento da Ilustre Desembargadora em relação ao que ela chama de dúvida direta (do registrador). Argumentam não existir a chamada dúvida direta, pois se surgir a necessidade de promover suscitação de dúvida perante o Poder Judiciário, esta dúvida nunca será do registrador, mas sempre e exclusivamente do particular interessado em ver seu título registrado (ou retificado). Tais registradores – as vezes até sem urbanidade – argumentam que ao serem questionados quanto as impugnações que impossibilitam a efetivação do registro ou da retificação apenas devem informar ao interessado os motivos do não atendimento do seu pedido de registro ou retificação e, caso estes não tenham o de-

vido entendimento/convencimento, a dúvida é sempre indireta (dele, o interessado) e nunca do Oficial registrador.

Percebe-se, pois, que apesar da evolução do sistema registral brasileiro, na prática de muitos Ofícios de Registros de Imóveis pelo interior do Brasil (e até nalgumas capitais de Estados, ainda persiste um sistema (retrocesso) que remete-nos a um passado imperialista (colonialista), onde interesses pessoais dos antigos “donos” das serventias sobrepunham-se a própria legislação, visto que pressupunham – por serem delegados do serviço público – incapazes de cometerem equívocos (ou erros) no exercício de sua atividade.

DA FÉ PÚBLICA - muito mais que um princípio registral.

A confiança que a sociedade e o próprio Estado depositam nos atos do Registrador, estabelece a garantia jurídica e a própria existência do Sistema Registral no Brasil.

“A fé pública corresponde à especial confiança atribuída por lei àquilo que o oficial declare ou faça, no exercício da função, como presunção de verdade” (CENEVIVA, Walter *in* Lei dos Registros Públicos comentada, 2002, São Paulo, ed. Saraiva, p.14).

A essência do trabalho que o Registrador realiza está fundamentada no conceito de fé pública, fundamental qualidade atribuída ao Registrador pelo Estado-delegante, pela qual considera-se verdadeiro tudo aquilo que ele registra, certifica e atesta. Daí ser a fé pública um dos mais importantes princípios do Direito Registral. (LAMANA PAIVA, 2008).

“Ao exercer a sua função qualificadora o Oficial registrador goza de total independência e autonomia. Ele é autônomo e independente ao decidir pela admissão ou não de um título no Registro de Imóveis sob sua direção e responsabilidade”. (SILVA FILHO, Elvino. A competência do oficial do registro de imóveis no exame dos títulos judiciais, *in* Revista de Direito imobiliário, n.8, 1981, p.57)

Como se vê, para o exercício da competência, faz-se necessária a presença de um diferencial na qualidade da participação do Registrador nos atos jurídicos em que intervém. Na sua intervenção, ele confere fé pública às relações de Direito Privado que lhe são apresentadas,

elaborando, registrando, certificando a situação de fato e conferindo autenticidade e segurança jurídica aos mais variados documentos. Os instrumentos registraes, portanto, são dotados de presunção de veracidade, ainda que relativa, prevalecendo até que se prove algum vício ou defeito na sua formação, registro e/ou autenticação. O princípio da fé pública não só garante a legalidade de uma relação jurídica como também lhe dá validade e segurança. (COMASSETO, 2002).

Se resolvêssemos encontrar um fundamento para a existência da fé pública, somente poderíamos encontrá-lo na vida social, que requer estabilidade em suas relações. Nesse sentido, a função registral (tanto quanto a notarial) tem evidente caráter preventivo, evitando que as partes venham a litigar, tendo se tornado indispensável no mundo moderno, em vista à complexidade das relações sociais e patrimoniais existentes. (REZENDE, 1997).

É fundamental, pois, estabelecermos que somente a fé pública permite que um particular, partes, sociedade em geral, tenham segurança quanto a validade do que está registrado – até eventual prova em contrário – salientando sempre que, para que o registrador efetue qualquer registro ou aponha o seu sinal público em um ato, faz-se necessária a prévia verificação do atendimento de todos os requisitos legais exigidos para aquele determinado instrumento. É da fé pública que decorre o caráter autêntico da função registral, isto é, a capacidade de tornar crível que aquilo que está registrado, é certo, válido e eficaz.

Diante desse universo de “poderes” e responsabilidades atribuídas pelo legislador ao Oficial de Registros Imobiliários, é que a Retificação administrativa de dados a pedido do interessado trata-se de medida segura e perfeitamente aplicável. Mesmo porque, o Registrador é (ou deveria ser) um elemento indispensável, intelectualmente preparado, absolutamente capaz para realização dos atos de registro ou atos retificatórios, que justificam e estabelecem o grande avanço social a partir da Lei.6.015/73 em seu artigo 213 (com a redação da Lei 10.931/04).

O CERNE DA QUESTÃO:

O objetivo de qualquer lei deverá sempre ser no sentido de facilitar e não dificultar o exercício dos direitos do cidadão. “Não obstante

o rígido controle de legalidade deva ser levado sem nenhum menosprezo às condições normativas aplicáveis em matéria de Registro de Imóveis, toda a interpretação deverá tender, primeiramente, para condições psicologicamente favoráveis de facilitação e não para dificultar o acesso dos títulos ao Registro, de modo que toda a propriedade imobiliária, e todos os direitos sobre ela recaídos fiquem sob o amparo de regime do registro imobiliário e participem de seus benefícios” (SERPA LOPES, Miguel Maria, *in* Tratado dos registros públicos, 3ª ed. Rio de Janeiro, Ed. Freitas Bastos, 1995, Vol. II, p.346)

A retificação está, pois, intimamente ligada ao Princípio da Veracidade, (da verdade) o qual permite à parte interessada o direito de requerer a retificação de um registro (ou de uma averbação) que esteja errado de erro, ou requerer a própria anulação em caso de nulidade, o que se dará sempre em forma de averbação, visto que não se apagará o ato registral viciado ou maculado, perdurando este para toda a vida jurídica do imóvel. (DINIZ, 2003 e 2008).

Assim, a Retificação do registro Imobiliário se dará sempre, ou de forma contenciosa ou de forma Voluntária. A Contenciosa é aquela que implica numa Lide sob a tutela do Poder Judiciário. A Voluntária se dará, na forma da lei e de acordo com casos específicos, mediante até retificações de Ofício promovidas pelo próprio Registrador ou a Pedido do particular interessado.

É, portanto, a Lei 6.015/73 e apenas ela – através do seu artigo 212 – que estabelece a Jurisdição Voluntária para atos de retificação, permitindo, no entanto, que o interessado – diante do princípio Constitucional do direito de Ação – possa optar entre um procedimento administrativo de retificação extrajudicial ou uma ação Judicial de retificação que terá sempre o caráter mandamental.

O objeto do procedimento Administrativo de Retificação (ou na última hipótese, da Ação Judicial de Retificação) é sempre retificar o registro, havendo que se identificar, primeiramente, conforme acórdão citado – da então Desembargadora do TJ/RS., Elaine Harzheim Macedo – se o erro não está no documento (escritura ou contrato) levado à registro, pois se eventual suscitação de dúvida (art.198-207) for decidida/ declarada procedente é porque o documento já era defeituoso na sua origem e sequer poderia ter sido registrado. Nesse caso morre a dúvida!

AFINAL, A REGRA DA RETIFICAÇÃO ADMINISTRATIVA É ÚTIL OU NÃO?

A Lei Federal 10.931 de 2004, obviamente, teve dentre seus objetivos desjudicializar o serviço público da retificação de registros imobiliários, desafogando o Poder Judiciário, para onde, normalmente, quase tudo ainda acaba sendo remetido. Trouxe, em seu artigo 59, grandes alterações na sistemática da retificação imobiliária ao alterar os artigos 212 a 214 da Lei 6.015/73, dando uma ampliação das possibilidades de retificação a ser efetuada pelo oficial de registros, sem a necessidade de participação do juiz.

Anteriormente às modificações promovidas pela Lei 10.931/2004, as retificações imobiliárias eram feitas de forma que todas as hipóteses de retificação - mesmo as de caráter administrativo - necessariamente, passaria para que o juízo competente atuasse de forma administrativa. A única exceção ocorria no caso de retificação de erro evidente (parágrafo 1º do artigo 213) em que não havia participação do juiz, apenas do registrador que poderia atuar de ofício, restringindo-se àqueles casos em que ele próprio, ao transportar os dados do título para a matrícula, tivesse cometido erro ou omissão.

Vivemos num tempo em que as relações da vida em sociedade se traduzem num emaranhado de situações a cada dia mais complexas, burocráticas, refletindo incertezas e exigindo cada vez mais segurança nos atos que envolvem o direito próprio e de terceiros. Os registros públicos estão entre as instituições criadas para auxiliar e prevenir litígios, conflitos, dar estabilidade à muitas expectativas, não podendo fugir à sua natureza.

○ BOM SENSO - sempre o bom senso.

É o bom senso que nos leva a dizer que a regra administrativa da retificação imobiliária a pedido do interessado foi, de fato, um valiosíssimo avanço da legislação brasileira. Deve ser reconhecido todo o mérito do legislador, não obstante ainda perdurem problemas no que se poderia chamar de “engrenagem” do ato retificatório. O fato é que o procedimento apontado pela Lei é muito útil e toda a sociedade saiu

beneficiada ao ter uma opção que não àquela de socorrer-se, unicamente, do Poder Judiciário, para onde, como já dissemos exaustivamente, são levadas as mais variadas questões que poderiam, necessariamente, serem resolvidas no âmbito administrativo.

Uma vez atendidas com segurança e bom senso todas as exigências do artigo 213 da Lei 6.015/73, não há que se falar em riscos à atividade do registrador ou insegurança jurídica em relação ao direito de terceiros. Deixemos aqui assentado que a retificação de escritura pública se fará sempre por meio de outra escritura, com a presença das mesmas partes contratantes de seus termos. Em última análise, significa que o erro existente no “Título” deve ser previamente corrigido (normalmente pelo Tabelião), para, depois, retificar-se o assento registral, como estabelece o artigo 212 da Lei 6.015/73: “*Art. 212. Se o teor do registro não exprimir a verdade, poderá o prejudicado, reclamar sua retificação, por meio próprio*”.

A partir daí, sempre que o registro precise sofrer retificação, indaga-se dos riscos que a modificação pode provocar ao direito de terceiros. Em quase todos os casos, permite a lei que a retificação seja feita simplesmente por iniciativa de quem é titular do direito ou demonstre, substancialmente, seu interesse. Só por cautela exige-se a intervenção judicial e, também por cautela, são chamadas as pessoas que, em tese, poderiam ser prejudicadas; mas este chamamento não torna o processo contencioso.

“A correta e perfeita caracterização do imóvel, somente poderá sofrer alterações se legalmente justificadas, sobretudo nas questões de alterações de área, medidas e confrontações – que exigem processo próprio na esfera jurisdicional, se dependerem de produção de provas, ou administrativa, nos casos da Lei n° 10.931 de 2 de agosto de 2004, que alterou os artigos 212, 213 e 214 da Lei de Registros Públicos” (PASSOS, Tatiana. Registro de Imóveis para profissionais do Direito: guia prático para o cotidiano jurídico imobiliário-registral. 2ª ed. Campinas, 2008, p.55).

Nesse sentido, tratando da necessidade da correta caracterização dos imóveis, além do bom senso, impõe-se resguardar a propriedade originária, aplicando o princípio da continuidade do registro, apoiada no da especialidade, pois “em relação a cada imóvel individuado, deve

existir uma cadeia de titularidade à vista da qual se fará a inscrição de algum direito se o outorgante desse direito vier aparecer no registro como seu titular. Assim, as sucessivas transmissões, que derivam umas das outras, asseguram sempre a preexistência do imóvel no patrimônio do transferente.” (CARVALHO, Afrânio de. *in* Registro de Imóveis, 7ª ed., Rio de Janeiro,, Forense, 2001, p. 253).

CONCLUSÃO:

Ao final deste artigo já é possível estabelecer algumas premissas básicas na questão da Retificação: a) A retificação de medidas e características de um imóvel tem como limite apenas eventual lesividade aos interesses de terceiros, podendo ser promovida a pedido de particular ou “*ex-officio*” pelo registrador, mesmo inserindo medidas ou área de superfície na matrícula desde que haja evidência, tanto do erro como de sua necessidade de correção; b) É, sobretudo, o bom senso do Oficial registrador que determinará a melhor forma de agir no procedimento de retificação, levando em conta sempre a ausência de potencialidade danosa, seja em relação às partes, terceiros ou à segurança jurídica do registro; c) Afora os enganos corrigíveis de ofício ou a pedido do interessado, os demais dependem de autorização judicial, seja através da jurisdição voluntária ou contenciosa; d) A inserção de área de superfície em imóvel que contenha medidas perimetrais é possível de ofício desde que possa ser ela inferida por simples cálculo aritmético; e) A expressão “retificação” é usada em sentido amplo e tanto pode alcançar alteração de elementos descritivos do imóvel, como área de superfície e medidas lineares, como pode restringir-se a simples inserção de requisitos omitidos. Em todos esses casos corrige-se o assento registral e o fundamento encontra-se nos art. 212 E 213, da Lei 6.015/73; f) É de suma importância que o Oficial registrador, interessados e advogados saibam distinguir quando a competência do procedimento retificatório solicitado é do Judiciário e quando esta tarefa deve ser atribuída ao Oficial registrador; g) O registrador, desde que haja certeza da regularidade da figura geométrica do terreno ou exista elementos em seus arquivos, sejam de plantas, fotografias, mapas ou outros registros, demonstrando a evidência da falha e tenha, sobretudo, coragem e maturidade para

assumir inteiramente suas atribuições, deverá suprir omissão de área no assento, sendo que os elementos disponíveis e o bom senso, mais uma vez, é o que determinará a não potencialidade danosa a terceiros; h) A regra administrativa de retificação é absolutamente útil a sociedade em geral, promove a chamada desjudicialização e o consequente desafogamento do Poder Judiciário para onde tudo, frequentemente, é encaminhado; i) Os poderes atribuídos pelo legislador aos senhores Oficiais registradores estão de acordo com sua capacidade intelectual. Não é poder demais nem de menos para quem recebe a delegação desse Serviço Público somente após ser aprovado num concurso de grande exigência e concorrência, onde precisa demonstrar profundo conhecimento na interpretação das leis e nos princípios registrais; j) Alguns Oficiais registradores de pouca vivência prática, e que somente fizeram estudar para obter aprovação no concurso muitas vezes não estão preparados para assumir essa gama de responsabilidades, não têm atitudes proativas, apegam-se a burocracia e acabam deixando de cumprir, a contento da sociedade, esta honrada tarefa que nada mais é que uma função própria a ser realizada a partir de verdadeiro manual/roteiro do artigo 213 da Lei 6.015; l) É preciso, certamente, que o Registrador assegure-se de todas as cautelas para proceder o registro ou a retificação, mas que, sobretudo, aceite o novo, faça o certo, respeite a todos e não tema a ninguém.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA :

- ALMEIDA, Carlos Ferreira de. apud TUTIKIAN, Cláudia Fonseca; TIMM, Luciano Benetti; PAIVA, João Pedro Lamana (Coord.). Novo direito imobiliário e Registral. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 228.;
- BATALHA, Wilson Souza Campos. Comentários à Lei de Registros Públicos, Rio de Janeiro, 2ª Edição, Editora Forense, 1979;
- BOUZON, Emanuel. O direito à propriedade fundiária na antiga Babilônia até o Império de Hamurabi. Revista de Direito Imobiliário, São Paulo, n. 51, p. 185, 2001;

- BRANDELLI, Leonardo. Teoria geral do direito notarial. 2^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CAMPOS, Antônio Macedo de. Comentários à Lei de Registros Públicos, Bauru, São Paulo, 2^a Edição, Editora Jolovi, 1981;
- CARVALHO, Afrânio de. Registro de Imóveis. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 137;
- CENEVIVA Walter. Lei dos Registros Públicos comentada, 15^aed. São Paulo, Saraiva, 2003; CENEVIVA, Walter. Lei dos Registros Públicos comentada. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 14;
- COMASSETO, Miriam Saccol. A função notarial como forma de prevenção de litígios. Porto Alegre: Norton Editor, 2002;
- DINIZ, Maria Helena. Sistemas de Registros de Imóveis, São Paulo, Saraiva, 5^a ed.2004; DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico, (verbetes ocupante), São Paulo, Saraiva, 2005;
- ERPEN, Antônio Décio. A Autonomia Registral e o Princípio da Concentração, Porto Alegre, editora Fabril SafE, 2002, p, 244;
- LOUREIRO, Waldemar. in BALBINO FILHO, Nicolau. Registro de Imóveis: doutrina, prática, jurisprudência, 8. ed. São Paulo: Atlas, 1996, p. 53;
- MACEDO, Elaine Harzheim. Registro de imóveis, apelação cível sob nº70027488212-2008, TJRS;
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 22^a ed. Malheiros, SP, 1997.
- PASSOS, Tatiana. Registro de Imóveis para Profissionais do Direito: Guia prático para o cotidiano jurídico imobiliário-registral. 2. ed. Campinas: Russell, 2008, p. 55;
- PAIVA, João Pedro Lamana. Panorama histórico do registro de imóveis no Brasil, apresentado no XXIV Encontro do IRIB, realizado em Belo Horizonte; publicações do IRIB - revistas 22, 25, 27 e 28, - Encontros dos Oficiais Registradores de Imóveis do

Brasil, Porto Alegre, ed. FabrilSafE. 1997; PAIVA, João Pedro Lamana. Estudos de Direito Registral Imobiliário, Porto Alegre, ed. FabrilSafE, 2008;

REZENDE, Afonso Celso Furtado de. Tabelionato de notas e o notário perfeito: direito de propriedade e atividade notarial. Campinas: Copola Livros, 1997;

SERPA LOPES Miguel Maria de. Tratado dos Registros Públicos. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955, v.II, p. 346.

SILVA FILHO, Elvino. A competência do oficial do registro de imóveis no exame dos títulos judiciais. Revista de Direito Imobiliário, n. 8, p. 57, jul. dez 1981;

SILVEIRA, Mario Antônio. Registro de imóveis: função social e responsabilidades. São Paulo: RCS Editora, 2007. P.22;

INOBSERVÂNCIA DE PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO EM JULGADOS DO STF: CASO IPVA E A CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

Lucas Prates Rodrigues

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende analisar a possível inobservância de princípios tributários em julgados do STF, em específico no caso do IPVA incidente sobre aeronaves e embarcações.

Para isso, primeiro traçaremos uma descrição básica sobre os tributos, citando suas características no contexto da carga tributária brasileira, buscando expor o conceito do tributo propriamente dito, sua finalidade e os princípios inerentes ao Direito Tributário, visando ainda expor meios de efetivação e atendimento a estes citados princípios, além de analisar como a legislação e Cortes Superiores brasileira comportam-se diante do tema.

Depois, trataremos do princípio da capacidade contributiva, trazendo a contribuição doutrinária para o tema e demonstrando o que é necessário para que o princípio da capacidade contributiva seja efetivamente atendido, especificamente ao que tange a cobrança de imposto pela propriedade de veículos automotores, buscando a preservação do princípio da capacidade contributiva, que é importante aliado na busca por justiça fiscal prevista em diversos princípios da Constituição Federal de 1988, utilizando-se no presente artigo um estudo histórico, dou-

trinário, principiológico e jurisprudencial acerca do tema em questão.

Para todos os objetivos, o trabalho passará sobre o motivo da limitação da cobrança do IPVA somente aos veículos automotores (terrestres), analisando a fundamentação utilizada pelo STF que justifica a não tributação deste imposto sobre aeronaves e embarcações. Posteriormente, explicitará a importância da existência de imposto a incidir sobre a propriedade desses bens (aeronaves e embarcações) para a materialização do princípio da capacidade contributiva.

Portanto, o presente artigo demonstrará como o direito, judiciário e a sociedade brasileira lidam com a problemática, quais são seus desafios e como eles podem ser alcançados.

2. OS TRIBUTOS NO CENÁRIO BRASILEIRO E SUA FINALIDADE

É de conhecimento geral que para que Estado consiga cumprir com suas obrigações necessita de dinheiro. Assim, desde as sociedades mais antigas se cobra o que hoje chamamos de tributo. Segundo pesquisa realizada de OCDE em 2017 (**últimos dados disponibilizados**), o Brasil possui a segunda maior carga tributária da América Latina, perdendo somente para Cuba, figurando também dentre as maiores do mundo.

Os impostos são responsáveis pela maior parte da receita pública, sendo a competência para cobrança destes, outorgada pela Constituição federal à União, aos Estados, Municípios e ao Distrito Federal. A União Federal é responsável pela instituição da maioria dos Impostos, conforme previsto no artigo 153 da nossa Carta Magna.

Aos Estados, fora atribuída a competência para instituição de impostos conforme estabelecido no artigo 155 da Constituição, são estes o imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços de transportes interestaduais e intermunicipais e de comunicação (ICMS), o imposto sobre a transmissão causa mortis e doação (ITCMD) e o imposto sobre a propriedade de veículos automotores (IPVA), este último sobre qual recairá nosso artigo.

Cumprido de início, informar que o Brasil possui hoje regulando o Direito tributário dois grandes norteadores, o Código Tributário Na-

cional – CTN (Lei n° 5.172/66) e a Constituição da República Federativa Brasileira (CRFB/88).

É do CTN que vem a definição clássica do tributo, em seu artigo 3°, dizendo o referido artigo que *“tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nessa se possa exprimir, que não constitui sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.”*

Vale ressaltar que no Brasil, como na maioria dos países, os tributos somente podem ser instituídos por lei, em atendimento ao princípio da legalidade, previsto no art. 150, I da CRFB.

Esse entendimento, na verdade busca passar a ideia de legalidade consentida, isto é, as leis são feitas pelos representantes do povo (políticos), logo, as cobranças advindas das leis, emanam à vontade e o consentimento dos votantes (povo), não implicando em uma prática abusiva das autoridades, mas tão somente os representantes do povo, exercendo a vontade deste próprio povo.

O Supremo Tribunal Federal e a doutrina majoritária consideram a melhor teoria, a chamada pentapartite que classifica os tributos com relação às suas espécies em cinco tipos diferentes: impostos, taxas, contribuições de melhoria, empréstimos compulsórios e contribuições especiais, sendo esta defendida por Ives Gandra Martins e por Hugo de Brito Machado.

Segundo Hugo de Brito Machado (MACHADO, 2010, p. 70-73.) a classificação das espécies tributárias se fundamenta:

O imposto pela não vinculação do fato gerador a uma atividade estatal referida ao contribuinte.

A taxa é determinada pelo tributo com fato gerador uma atividade estatal de prestação de serviço público específico e divisível, de utilização efetiva ou potencial, ou do exercício do poder de polícia.

A contribuição de melhoria tem como fato gerador a realização de uma obra que implique valorização no imóvel do contribuinte. Distingue-se do imposto pela atividade estatal específica (obra pública), e da taxa pela prestação da atividade que não é o exercício do poder de polícia e nem a prestação de um serviço público.

As contribuições sociais são as que têm destinação específica do produto arrecadado e finalidade determinada, compreendendo:

- a) contribuição de intervenção no domínio econômico, em que caracterizam pela finalidade da atividade de intervenção do Estado no domínio econômico e do produto arrecadado destinar-se ao financiamento dessa atividade de intervenção;
- b) contribuição de interesse de categorias profissionais ou econômicas, em que são instituídas com a finalidade de atenderem a entidades profissionais dos seguimentos; e
- c) contribuição de seguridade social, em que a vinculação da arrecadação é para atender as atividades de seguridade social.

O empréstimo compulsório é tributo que tem como finalidade atender a um investimento de caráter urgente, com instituição por meio de lei complementar e a aplicação dos produtos arrecadados para a finalidade de sua instituição.

Sendo assim, fica evidente a importância do tributo para o desenvolvimento do Estado e de todas as suas atividades, sendo este indispensável para que o Estado cumpra com todas as suas obrigações interna e externamente pois é dele que se obtém o dinheiro necessário.

Como nas palavras do Edvaldo Brito (BRITO, 2016, p. 38) em sua obra mais recente, hoje em dia, o tributo tem roupagem até mais importante do que o simples financiamento do Estado:

“A atividade financeira não se limita, agora, à arrecadação de tributos porque o Estado moderno tem uma função voltada para o desenvolvimento econômico, e para o bem-estar social e no desempenho dessa função ele necessita de bastantes recursos, mas precisa, também, redistribuir os recursos da sociedade, da comunidade em favor dela própria.”

Inteligentemente há a percepção que a função da tributação tem caráter também de buscar a igualdade dos contribuintes, e conseguir melhor distribuição dos recursos da sociedade em modo geral, em fa-

vor dela, alcançáveis através da busca a efetivação de todos os princípios constitucionais tributários, sendo necessária a observância destes por toda a sociedade.

Tributo advém de relação obrigacional, imposta pelo estado, por lei, mas visa obter recursos para os diferentes entes federativos de forma a que estes possam concretizar seus objetivos constitucionais e concretização de políticas públicas. Agora, trataremos do princípio da capacidade contributiva.

3. O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

O princípio da capacidade contributiva é um princípio basilar no Direito Brasileiro e está preceituado no Art. 145, § 1º da nossa Constituição Federal e é ligado ao valor justiça. Também possui relação com o valor igualdade, na medida em que aparece é forma de concretizá-la em sua vertente material, Josiani Minardi (MINARDI, 2017, p. 28-29), ao falar do referido princípio, afirma que *“segundo o princípio da capacidade contributiva, o cidadão tem o dever de contribuir na exata proporção da sua capacidade econômica, ou seja, da sua eficácia para suportar o encargo fiscal.*

Um exemplo de outro princípio que tem similitudes com o da capacidade contributiva, também existente no cenário brasileiro, é o princípio da seletividade, que é basicamente a tributação conforme a essencialidade do bem, isto é, quanto mais essencial for o bem, menor será a tributação.

No caso do IPI e do ICMS, verifica-se a aplicação da capacidade contributiva por decorrência do consumo, sendo certo que, produtos como cigarro e perfume, possuem altíssima alíquota de ICMS pelo entendimento que estes bens são supérfluos, podendo ter alíquota de imposto maiores uma vez que provavelmente serão consumidos por aqueles que possuem capacidade de pagar maior quantia por eles.

No campo da capacidade contributiva e imposto sobre propriedade, para sua efetividade, dever-se-ia observar que fato de o sujeito, a título de exemplo, ser proprietário de um iate, de fato demonstra que este, ao menos em primeira análise possui maior capacidade econômica e para eficácia da capacidade contributiva, pode pagar maior imposto em razão dessa exação de riqueza.

Neste sentido, Marciano Seabra Godoi (GODOI, 1999, p. 212), leciona que:

Pode parecer que, determinando que o rico desembolse mais dinheiro que o pobre, o princípio estaria operando a máxima de que se deve tratar desigualmente os desiguais. Mas a fundamentação teórica do princípio, a teoria do sacrifício vista supra, mostra-nos que a capacidade contributiva é o critério pelo qual os iguais são tratados igualmente, na medida em que o rico, mesmo desembolsando mais dinheiro do que o pobre, tem o mesmo sacrifício do que este.

Porém, de modo geral, o que vemos atualmente é que a mesma lógica não se aplica ao IPVA, tributação esta que o STF decidiu por não incidir sobre a propriedade de aeronaves e embarcações, veículos automotores estes muito mais caro que os carros, porém, sem incidência de nenhum imposto sobre sua propriedade.

Na tributação, como dito pelo doutrinador Ricardo Alexandre (ALEXANDRE, 2016, p. 147-148) “*o principal parâmetro de desigualdade a ser levado em consideração para a atribuição de tratamento diferenciado as pessoas é, exatamente, sua capacidade contributiva*”.

É por óbvio conclusivo que o princípio da capacidade contributiva é intimamente ligado a também o princípio da isonomia. A aplicação dos impostos segundo previsão legal deve “sempre que possível” ter caráter pessoal, e tal norma, somente fora escrita com a redação “sempre que possível”, para não impedir a sua aplicação quando no caso não se tiver caráter pessoal.

É dever da administração buscar a efetividade da norma constitucional e assim a melhor justiça fiscal, caso contrário, o contribuinte com maior capacidade de contribuir se encostará na forma que a norma foi escrita, para se escusar a qualquer tipo de cobrança quando não existir em lei específica, conforme diz Kiyoshi Harada (HARADA, 2017, p. 272):

“Se, de um lado, o preceito programático não gera direito subjetivo para o contribuinte, que não poderá bater às portas do

Judiciário pleiteando que determinado imposto ajuste-se ao seu perfil econômico, de outro, esse preceito produz efeito pelo seu aspecto negativo, à medida que confere ao contribuinte a faculdade de exigir que o poder tributante não pratique atos que o contravenha”

Um bom exemplo de regra com a finalidade de alcance dos princípios da capacidade contributiva e isonomia é a imposição constitucional do Imposto de Renda, onde quem ganha pouco é isento pelo fato do Estado reconhecer que toda a renda da pessoa provavelmente é destinada a sua sobrevivência, enquanto os que mais ganham, contribuem proporcionalmente aos seus ganhos por assim conseguirem fazer sem maiores prejuízos ao seu sustento.

Na esteira desse entendimento, no julgamento do RE 423.768 (Noticiado no Informativo STF 433), o Relator Ministro Marco Aurélio afirmou que *“o § 1.º do art. 145 possui cunho social da maior valia, tendo como objetivo único, sem limitação do alcance do que nele está contido, o estabelecimento de uma gradação que promova justiça tributária, onerando os que tenham maior capacidade para pagamento do imposto”*.

Assim, temos que quem tem maior capacidade, deve contribuir com maior valor e esbarramos na incoerência existente quando, um contribuinte proprietário de um veículo (carro) usado, paga imposto pela sua propriedade e um proprietário de jatinho ou lancha não.

Em continuidade, analisaremos o IPVA propriamente dito, o posicionamento do STF de forma mais aprofundada acerca do assunto, bem como analisar a possibilidade da criação de imposto a incidir sobre a propriedade das embarcações e aeronaves e a possibilidade da superação do precedente adotado pelo STF.

4. DO IPVA E SUA ORIGEM

O imposto sobre a propriedade de veículos automotores (IPVA) é um tributo de competência do estado membro, previsto no art 155, III e parágrafo 3º da CRFB, não sendo vinculado a nenhum tipo de contraprestação ligada a uma atividade específica, possibilitando o Estado arrecadante a utilizar o dinheiro oriundo da arrecadação de maneira

que bem quiser, respeitando apenas os repasses obrigatórios previstos na constituição.

O IPVA surgiu com a EC 27/85 e a Constituição que viria 3 (três) anos após o ratificou, porém, não havendo previsão alguma deste no Código Tributário Nacional, e nem seria possível, tendo em vista que o referido código fora criado muitos anos antes, em 1966. A referida EC 27/85, vedou, inclusive, a incidência de impostos ou taxas pela utilização do veículo, deixando apenas a já prevista que tem como fato gerador a propriedade.

A supramencionada vedação foi ratificada pelo art.155 da Constituição Federal de 1988, retirando-se do dispositivo.

A instituição de taxa de licenciamento trata-se, evidentemente, de flagrante exceção à regra geral prevista no art.146, inciso III da CF/1988, atribui à lei complementar o estabelecimento dos aspectos básicos do fato gerador de impostos como a materialidade deste, a alíquota, e a base de cálculo.

Nessa esteira, manifesta-se Hugo de Brito Machado (MACHADO, 2010, p.405), in verbis:

“Com ou sem a vedação expressa, infelizmente a cobrança de taxas no licenciamento de veículos continuou e continua a ser praticada, em flagrante violência à Constituição. Ninguém a isto se opõe, talvez em virtude do valor relativamente pequeno cobrado de cada proprietário de veículo.”.

Antes do IPVA, existia a TRU -Taxa Rodoviária Única, esta foi instituída em 21 de outubro de 1969, e seu fato gerador era o licenciamento de um carro, e não a propriedade. A taxa era cobrada junto com o licenciamento anual de qualquer carro, e era baseada no peso, na capacidade de transporte e no modelo do veículo em questão, e não podia ultrapassar 2% de seu valor venal. Do total 40% ficavam com o governo federal e 60% era repassado para estados e municípios proporcionalmente.

Compete à União editar normas gerais em Direito Tributário, podendo os outros entes podem legislar de forma suplementar. No caso do IPVA, inexistente a Lei Complementar, e conforme previsto no art. 24

da CF/88, o estado legislar de forma plena. O informativo n° 157 do STF em 1999 disse isso:

Deixando a União de editar as normas gerais disciplinadoras do IPVA, os Estados exercem a competência legislativa plena (CF, art. 24, § 3º) e ficam autorizados a editarem as leis necessárias à aplicação do sistema tributário nacional previsto na CF (ADCT, art. 34, § 3º). Com esse entendimento, a Turma, por unanimidade, manteve acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que rejeitara a pretensão de contribuinte do Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores - IPVA de eximir-se do pagamento do tributo, sob a alegação de que o Estado de São Paulo não poderia instituí-lo, dado que não possui competência para suprir a ausência de lei complementar estabelecendo as normas gerais (CF, 146, III, a). Precedente citado AG(AgRg) 167.777-DF (DJU 09.05.97). : RE 236.931-SP, rel. Min. Ilmar Galvão, 10.8.99.

A ausência de lei geral permite aos Estados que ditem suas próprias regras e não raro vemos princípios de Guerra fiscal em razão deste permissivo.

Ocorre que os proprietários de veículos muito embora vivam em um Estado, emplacam e registram seus veículos em outros em razão de assim poder pagar menos IPVA em razão de ficar ao encargo dos Estados o estabelecimento das alíquotas.

Toda introdução se faz necessária para entendermos que o IPVA é cobrado em razão da propriedade do veículo.

O IPVA incide somente sobre carros, motos e veículos que terrestres, excluindo-se do seu campo de incidência, por decisão do STF, aeronaves e embarcações.

Merece destaque o fato que não pode haver diferença de alíquotas em razão da procedência do veículo conforme entendimento do STF em alguns julgados, porém, pode esta ser diferenciada a alíquota em razão do tipo de veículo, por exemplo, moto e carro de passeio, ou do tipo de combustível (gasolina / GNV / diesel).

Atualmente o IPVA tem o estabelecimento das alíquotas pelos Estados, existindo a previsão do art. 155, §6º, que foi introduzido pela

EC 42/03, que fica ao encargo do Senado estabelecer a alíquota mínima do imposto.

5. A INTERPRETAÇÃO HISTÓRICA ADOTADA PELO STF NA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA COBRANÇA DE IPVA SOBRE AERONAVES E EMBARCAÇÕES

Há pouco tempo, vários estados do Brasil começaram a cobrar IPVA dos proprietários de aeronaves e embarcações, levando em consideração serem estes veículos por essência automotores. Inconformados com tal cobrança os contribuintes proprietários destes meios de transporte, entendendo que não deveriam ser tributados, começaram a levar a questão ao judiciário.

Tal dúvida surgira, pois a CF/88, não foi bem clara em afirmar sobre quais veículos automotores o imposto deveria incidir. O CTB (Lei no 9.503/97)(BRASIL,CTB,1997) tratou por trazer definição mais clara em se anexo I, definindo o veículo automotor como:

Todo veículo a motor de propulsão que circule por seus próprios meios, e que serve normalmente para o transporte viário de pessoas e coisas, ou para a tração viária de veículos utilizados para o transporte de pessoas e coisas. O termo compreende os veículos conectados a uma linha elétrica e que não circulam sobre trilho (ônibus elétrico)”.

Os Estados, levando em conta o conceito do CTB, começaram a tributar os aviões e as aeronaves, em contrapartida, os contribuintes afetados, alegavam que o IPVA, substituiu a TRU – Taxa Rodoviária Única, logo, pela interpretação histórica, equivocada no caso, o IPVA não deveria incidir sobre os meios de transportes aéreos e aquáticos, uma vez que a extinta TRU era destinada somente aos veículos terrestres e o IPVA, vindo a substituí-la, seguiria a mesma finalidade.

O tema foi analisado pela em três ocasiões, quando dos julgamentos dos RE 134.509/AM, RE 255.111/SP e por último RE 379.572-4/RJ, sendo todos eles decidindo a não incidir o IPVA sobre embarca-

ções e aeronaves, em que pese divergência de interpretações dos Ministros Marco Aurélio de Mello e Joaquim Barbosa.

Grande parte da doutrina tem-se resignado sobre o tema, como em trecho do livro do eminente jurista Claudio Carneiro (CARNEIRO, 2013, p. 351):

“O que já está pacífico no Supremo Tribunal Federal é que, em relação ao conceito de veículo automotor, só se incluem os veículos terrestres, por ser o IPVA sucedâneo da Taxa Rodoviária Única. Logo, o IPVA não incide sobre embarcações e aeronaves”

Atualmente, esta é a posição da nossa Suprema Corte, porém bastante criticada, pois pela ótica dos princípios constitucionais tributários, a norma torna-se sem sentido conforme se demonstrará no ponto seguinte do presente artigo.

6. POSSÍVEL VIOLAÇÃO À CAPACIDADE CONTRIBUTIVA DIANTE DA INTERPRETAÇÃO DO STF QUANTO A ABRANGÊNCIA DO ASPECTO MATERIAL DO FATO GERADOR DO IPVA

Diante do exposto anteriormente, fica evidente a dúvida: será justo que o contribuinte que tem um veículo popular pague imposto em razão da sua propriedade e o contribuinte mais abastado, não pagar nenhum imposto em razão da propriedade de seus jatinhos e iates?

É evidente o afronte ao princípio da capacidade contributiva e o Estado Brasileiro pode e deve buscar a efetividade do comando principiológico.

O legislador, ao substituir a TRU pelo IPVA, claramente buscou ampliar a possibilidade da utilização da receita arrecadada com tal cobrança, pois, com a cobrança via taxa, por sua natureza constitucional, os valores possuem destinação específica, já em sendo a receita arrecadada por imposto, ela pode ser destinada onde bem entender o ente arrecadante nos termos do artigo 167, IV da CRFB/88.

Assim, conclui-se que os valores da arrecadação do IPVA em nada tem a ver com a receita da antiga TRU, sendo inclusive sua natureza distinta.

Como já dito anteriormente, é fundamental que se observe a necessidade de um sistema progressivo de tributação.

De acordo com o autor Luciano Garcia Miguel e Elaise Ellen Leopoldi (GARCIA e LEOPOLDI, 2003, p.27):

“[...] A insistência de se afastar a incidência do IPVA da propriedade de aeronaves e embarcações acaba por tutelar interesses de contribuintes com maior capacidade contributiva do que a dos proprietários de veículos terrestres, prejudicando a orientações prevista no §1º do artigo 145 da nossa Lei Maior.”

Considerando a citação, temos que a interpretação valorada pelo STF para justificar a incidência do IPVA somente sobre carros combina aspectos pragmáticos (como a possível e futura dificuldade na regulamentação dos dados de automóveis, no âmbito da competência concorrente entre estado e União no que se refere a registros de automóveis (competência dos estados) e aeronaves e aerobarcos (competência da União) com aspectos históricos (afirmando, por exemplo, que o IPVA veio a substituir a TRU e, por isso, só poderia incidir sobre automóveis).

A metodologia interpretativa histórica e pragmática não deve sobrepor-se **à que busca concretizar valores como o da justiça fiscal** – intimamente relacionado ao princípio da capacidade contributiva, previsto explicitamente na CF/1988 – Art. 145.

A justiça tributária parece-nos ser uma referência interpretativa mais importante, inclusive considerando a redação da CF/1988 e seu aspecto topográfico – princípios constitucionais tributários que estão em consonância com a criação de uma constituição cidadã, justa e voltada para a igualdade entre os cidadãos.

Permitir que contribuintes que, a partir de suas propriedades, sejam imunes a impostos, por interpretação do STF, ainda que claramente tenham capacidade contributiva muito maior, realmente vai de encontro a todo o objetivo de nossa constituição, sendo interpretação não cabível, especialmente nos dias atuais. Assim, do ponto de vista processual, faz-se necessário, para se combater esta injustiça material, o overruling desse precedente do STF, como explicaremos abaixo.

7. DA POSSIBILIDADE DO OVERRULLING

Outra possibilidade a ser pensada para que se busque a observância do princípio da capacidade contributiva, é que ocorra o overruling, que é a superação do precedente.

No caso do IPVA a incidir sobre aeronaves e embarcações, temos precedentes do STF em julgamentos em sede de recurso repetitivo que decidiu pela não incidência, contudo, conforme apresentado ao longo do presente artigo, tal decisão fere princípio constitucional tributário de forma frontal.

Para justificar uma mudança é preciso de uma carga de motivação, de argumentação grande. Esse mecanismo pode ser prospectivo (eficácia ex nunc) ou retrospectivo (eficácia ex tunc).

Com a interpretação adotada pelo STF, temos a perpetuação da injustiça fiscal, bem como inobservância de princípio basilar do Direito Tributário pátrio, o princípio da capacidade contributiva, razão pela qual cabe a revisitação do precedente, para fixação de nova tese a respeito do assunto, tornando legítima a cobrança do IPVA sobre os contribuintes proprietário de aeronaves e embarcações.

8. DA POSSIBILIDADE DE CRIAÇÃO DE NOVO IMPOSTO A INCIDIR SOBRE A PROPRIEDADE DE AERONAVES E EMBARCAÇÕES – PL nº 226/2016

A União é o ente competente para a criação de um novo imposto, sendo necessária a observância do art. 154, I, que trata da competência residual, que permite a possibilidade de criação de imposto até então inexistente no mundo jurídico, sendo impostas condições para tal ato na própria constituição.

O imposto somente pode ser criado por lei complementar e deve ser completamente novo, com fato gerador e alíquotas nunca antes tributadas e também não pode ser cumulativo. Portanto, tem-se como plenamente possível a criação do imposto a incidir sobre as aeronaves e embarcações, desde que cumpridas as regras previstas na CRFB/88, dependendo apenas da vontade do Governo.

É possível perceber que mais que possível, tal criação seria uma alternativa positiva para a justiça fiscal e consecução do princípio

da capacidade contributiva já que o referido princípio ser inobservado por nossa corte superior.

Cumprir informar que atualmente existe um projeto de lei, proposto pela Deputada Flávia Moraes do PDT/GO que tramita no congresso nacional sob o nº 226/2016, que sugere a criação do IPAE – Imposto sobre Aeronaves e Embarcações.

Cumprir informar que atualmente existe um projeto de lei, proposto pela Deputada Flávia Moraes do PDT/GO que tramita no congresso nacional sob o nº 226/2016, que sugere a criação do IPAE – Imposto sobre Aeronaves e Embarcações.

Cumprir informar que atualmente existe um projeto de lei, proposto pela Deputada Flávia Moraes do PDT/GO que tramita no congresso nacional sob o nº 226/2016, que sugere a criação do IPAE – Imposto sobre Aeronaves e Embarcações, que atualmente se encontra pendente de apreciação pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em vias conclusivas, repisa-se a importância deste tema diante do atual cenário de crise econômica financeira que o país atravessa, sendo indispensável a captação de recursos e em vias paralelas a necessária fiel observância e consecução da efetividade dos princípios inerentes do nosso ordenamento jurídico-tributário, dando a devida importância ao tributo, considerando a sua finalidade para o Estado.

Discutir aspectos relacionados aos impactos sociais causados por inobservância de princípios constitucionais, notadamente no contexto dos contribuintes do IPVA é muito relevante para a compreensão da ideia de justiça fiscal que se busca.

Com a leitura do presente artigo, após a apresentação das definições do princípio da capacidade contributiva e a efetividade buscada por este, resta claro que não é razoável que se cobre tributo do contribuinte que é proprietário de um bem de menor valor em razão da sua propriedade e não cobre de contribuinte que é dono bem que tem valor muito mais elevado pelo mesmo motivo.

Apresentados métodos alternativos para a efetividade do princípio, fica evidente a possibilidade de mudança positiva ao paradigma

existente hoje ao que tange ao tema, para que seja efetivado o overruling ao que tange o precedente existente, uma vez que é claramente legítima a incidência do IPVA sobre embarcações e aeronaves e tal abrangência representa clara efetivação do direito fundamenta da igualdade entre os contribuintes, além, é claro, de causar impactos positivos aos cofres públicos, ou ainda como outra alternativa, que a União proceda com a criação do novo tributo para a efetivação do princípio constitucional.

Observou-se que não existe nenhum tipo de impedimento para se criar um outro imposto que venha a tributar as aeronaves e embarcações. Com isso, caso venha a ser aprovada uma lei complementar federal sobre o tema no futuro, e caso o imposto obedeça a alguns requisitos estabelecidos pela constituição federal, como a não cumulatividade por exemplo, o novo imposto poderá ser criado sem problemas e os possuidores de aeronaves e embarcações poderão ser obrigados a pagar o imposto em virtude de se encaixar em na hipótese de incidência prevista e buscar a efetivação da justiça fiscal ao que tange a tributação em razão da propriedade de veículos automotores.

Assim, reforça-se a importância do assunto apresentado neste trabalho não só para os contribuintes diretos do IPVA, mas também para toda a população, uma vez que a receita auferida com a captação do tributo não tem destinação específica, devendo ser utilizada pelo estado para o desenvolvimento de suas atividades e em busca da igualdade, sendo necessário que se efetive o princípio da capacidade contributiva para que o equivocado precedente seja superado ou que se crie novo tributo a incidir sobre a propriedade das aeronaves e embarcações, assim, fazendo valer a melhor escolha do Constituinte ao referir-se a automotores.

10. REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, R. **Direito tributário esquematizado**. 10^a ed. São Paulo: Método, 2016. Publicado em: 05.2016

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federal do Brasil. Brasília, DF; Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Lei 9.503 de 23 de Setembro de 1997**- Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Publicado no DOU de 24.9.1997 e retificado em 25.9.1997.

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de Outubro de 1996**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Publicado no DOU de 27.10.1966, e retificado em 31.10.1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, informativo nº 157. 1999. Brasília, 9 a 13 de agosto de 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, informativo nº 433. 2006. Brasília, 26 a 30 de junho de 2006.

BRITO, E. **O Direito Tributário e a Constituição**: Estudo de Pareceres. São Paulo: Atlas, 2017. Publicado em 02.2017.

CARNEIRO, Claudio. **Impostos federais, estaduais e municipais. 4ª. Ed. São Paulo: Saraiva 2013**. Publicado em: 02.2013

GODOI, M.. **Justiça, Igualdade e Direito Tributário. São Paulo: Dialética, 1999**. Publicado em 04.1999.

HARADA, K. **Direito financeiro e tributário** 26. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017. Publicado em: 02.2017

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. Publicado 03.2010

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. Publicado 03.2010

MIGUEL, Luciano Garcia; LEOPOLDI, Elaise Ellen. **Incidência do IPVA sobre aeronaves e embarcações**. Revista Dialética de Direito Tributário, n.92, p.26-32, maio 2003.

MINARDI, Josiani. **Direito Tributário 1º E 2º Fase OAB**. Bahia: JusPodivm, 2016. Publicado em 11.2016.

CONTRATAÇÃO DIRETA POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

Willian Alves de Souza

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo principal demonstrar aos leitores a possibilidade que a Lei nº 8.666/1993 concedeu à Administração Pública de efetuar contratações diretas sem que lhe fosse exigido a realização de licitação, ou seja, sem a necessidade de competição entre os eventuais interessados.

Para o desenvolvimento da pesquisa, optou-se pela utilização do método teórico e o método lógico-dedutivo de pesquisa bibliográfica em livros, documentos eletrônicos e Jurisprudência dos Tribunais Superiores. Dessa forma, o assunto será investigado de forma objetiva e prática através de leituras e estudos em variadas fontes de pesquisa, visando colher o maior número de informações possíveis para serem transmitidas de forma escrita no trabalho a ser desenvolvido.

Primeiramente, busca-se esclarecer que a Constituição Federal trouxe a licitação como uma regra a ser seguida pela Administração Pública, porém, como exceção, franqueou ao Legislador ordinário estabelecer hipóteses em que essa competição seria dispensada ou inexigível, possibilitando a contratação direta. Em seguida, será traçado um paralelo entre as modalidades de contratação direta, que são a dispensa e a inexigibilidade de licitação.

Posteriormente, será estudado de forma mais aprofundada as situações que autorizam a contratação direta por inexigibilidade de lici-

tação, analisando cada um de seus requisitos. Nesse ponto, o presente trabalho abordará as hipóteses de fornecedor exclusivo, serviços técnicos especializados e atividades artísticas.

Por fim, será estudado o Processo Administrativo prévio e necessário à contratação direta, o qual exige, quase que na totalidade, os mesmos requisitos do Processo Administrativo de licitação, salvo algumas peculiaridades próprias.

Dessa forma, torna-se possível entender, de forma mais clara e objetiva, o instituto da inexigibilidade de licitação, tendo em vista que, mesmo sendo permitido à Administração Pública a contratação direta, esta não pode se desvencilhar do seu principal objetivo, que é a satisfação do interesse público.

2. EXCEÇÃO À OBRIGATORIEDADE DE LICITAR

A Administração Pública tem, como principal objetivo, satisfazer o interesse público e, para realizá-lo a contento, precisa da colaboração da iniciativa privada que, através da celebração de contratos administrativos, fornece bens e serviços ao Poder Público. Contudo, se fosse possível ao administrador decidir livremente com quem contratar, provavelmente, na maioria das vezes, suas escolhas seriam impróprias e pessoais, desvirtuando o interesse público.

Para evitar este risco, o constituinte estabeleceu, no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal de 1988, que “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, (...)”. Assim, o procedimento licitatório, que antecede o contrato administrativo, permite a disputa entre vários interessados, em igualdade de condições, possibilitando à Administração Pública encontrar a proposta mais vantajosa, na busca do Desenvolvimento Nacional Sustentável (CARVALHO, 2017).

Hely Lopes Meirelles conceitua e elenca as finalidades da licitação.

Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse, inclusive o da promoção do

desenvolvimento econômico sustentável e fortalecimento de cadeias produtivas de bens e serviços domésticos. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos. Tem como pressuposto a competição. (MEIRELLES, 2016, p. 310).

A partir de uma conjugação entre o parágrafo único do art. 1º da Lei nº 8.666/1993 com os arts. 37, XXI e 175 da Constituição Federal, conclui-se que todos os Entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados são obrigados realizar processo de licitação pública previamente à contratação de obras, serviços, compras e alienações, bem como para a concessão e permissão de serviços públicos, sendo assegurada igualdade de condições a todos os interessados.

Em que pese a regra ser a obrigatoriedade de licitar, o art. 37, XXI, da Carta Magna traz uma exceção ao utilizar a expressão “ressalvados os casos especificados na legislação, (...)”. Assim, nota-se que o legislador ordinário pode elencar situações em a licitação deixa de ser obrigatória, sendo possível realizar contratação direta através de um procedimento interno de justificação (DI PIETRO, 2014).

A Lei nº 8.666/1993 trouxe duas situações autorizativas da contratação direta. A primeira é a dispensa de licitação, que pode ser dividida em licitação dispensada (art. 17) e licitação dispensável (art. 24). A segunda é a inexigibilidade de licitação (art. 25), tema principal deste trabalho. A seguir, trataremos de forma específica sobre a diferença entre dispensa e inexigibilidade de licitação.

3. DIFERENÇAS ENTRE AS MODALIDADE DE CONTRATAÇÃO DIRETA

Conforme já mencionado, a Lei nº 8.666/1993 elenca duas hipóteses em que é possível a realização de contratação direta: dispensa e inexigibilidade de licitação. Para melhor compreensão, importante traçar as principais diferenças entre ambas.

Na dispensa de licitação, a competição entre os eventuais fornecedores é possível, porém, por razões de interesse público, a própria Lei traz situações em que o administrador não poderá licitar e, também, situações em que ele poderá licitar, se quiser, porém, não está obrigado a fazê-lo. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, “(...) a dispensa contempla hipóteses em que a licitação seria possível; entretanto, razões de tomo justificam que se deixe de efetuar-la em nome de outros interesses públicos que merecem acolhida”. (MELLO, 2015, p. 559).

A dispensa de licitação subdivide-se em licitação dispensada e licitação dispensável. Na primeira, prevista no art. 17 da Lei nº 8.666/1993, que trata da alienação de bens da Administração Pública, a própria Lei já dispensou a licitação e, portanto, o administrador não tem discricionariedade, ou seja, não poderá licitar. Na segunda, prevista no art. 24 da Lei nº 8.666/1993, a Lei diz que não precisa de licitação, mas o administrador tem discricionariedade, podendo licitar se assim desejar.

Já na inexigibilidade de licitação, prevista no art. 25 da Lei nº 8.666/1993, a competição é impossível em razão de sua inviabilidade, seja porque o objeto é singular, seja porque o ofertante é único. Para Hely Lopes Meirelles, “ocorre a inexigibilidade de licitação quando há impossibilidade jurídica de competição entre contratantes, quer pela natureza específica do negócio, quer pelos objetivos sociais visados pela Administração (MEIRELLES, 2016, p. 333-334). No mesmo sentido, Diógenes Gasparini entende que “a inexigibilidade da licitação é a circunstância de fato encontrada na pessoa que se quer contratar, ou com quem se quer contratar, que impede o certame, a concorrência”. (GASPARINI, 2003, p. 453).

Para não restar dúvida quanto à diferença entre dispensa e inexigibilidade de licitação, importante observarmos as lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

A diferença básica entre as duas hipóteses está no fato de que, na **dispensa**, há possibilidade de **competição** que justifique a licitação; de modo que a lei **faculta** a dispensa, que fica inserida na competência discricionária da Administração. Nos casos de **inexigibilidade**, não há possibilidade de competição, porque

só existe **um objeto** ou **uma pessoa** que atenda às necessidades da Administração; a licitação é, portanto, inviável.

Existem, contudo, casos de dispensa que escapam à discricionariedade administrativa, por estarem já **determinados por lei**; é o que decorre do artigo 17, incisos I e II, da Lei nº 8.666/93 (...), que dispensa a licitação quando se tratar de alienação de bens (...). (DI PIETRO, 2014, p. 395).

Outra diferença importante entre as modalidades de contratação direta é que as hipóteses de dispensa de licitação previstas no art. 24 (licitação dispensável) compõem um rol taxativo, ao passo em que as situações de inexigibilidade de licitação apresentam-se em rol exemplificativo, já que o *caput* do art. 25 utiliza o termo “em especial” antes citar os casos em que a licitação é inexigível (MEDAUAR, 2018).

Traçadas as principais diferenças entre as hipóteses que autorizam a contratação direta, a partir de agora será estudado, de maneira mais aprofundada, as três situações exemplificativas elencadas no art. 25 da Lei nº 8.666/1993, que tratam da inexigibilidade de licitação.

4. HIPÓTESES DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

O art. 25 da Lei nº 8.666/1993 traz, em rol exemplificativo, três casos em que é impossível a realização da licitação em razão da inviabilidade de competição, quais sejam: fornecedor exclusivo, serviços técnicos especializados e atividade artísticas. A seguir, abordaremos cada situação separadamente, dando uma maior atenção para a contratação direta de serviços técnicos especializados, em especial, à contratação de serviços advocatícios por inexigibilidade de licitação.

4.1. Fornecedor exclusivo

A Lei de Licitações dispõe, no inciso I do art. 25, que é inexigível a licitação para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros produzidos ou vendidos com exclusividade, vedada a preferência de marca.

Como já visto anteriormente, a licitação só cumpre sua finalidade quando possibilita a disputa entre vários interessados, em igualdade de

condições. Não havendo possibilidade de competição de preço ou de qualidade, o procedimento licitatório torna-se inútil, razão pela qual não é exigido.

A modalidade mais evidente de inviabilidade de competição é aquela derivada da ausência de alternativas para a Administração Pública. Se existe apenas um único produto em condições de atender à necessidade estatal, não há sentido em realizar licitação. Seria um desperdício de tempo realizar a licitação. (JUSTEN FILHO, 2014, p. 487).

Tal situação ocorre nos casos em que o objeto é fornecido por produtor ou vendedor exclusivo, ou seja, trata-se de um objeto singular, seja porque é produzido com exclusividade, seja porque é vendido com exclusividade por determinada empresa ou representante comercial.

Nota-se que há uma diferença substancial entre exclusividade de produção e exclusividade de venda. Na exclusividade de produção, existe apenas um produtor do objeto no País e, caso queira contratá-lo, a Administração Pública deve fazê-lo diretamente com ele, daí porque Gasparini (2003, p. 455) utiliza a expressão “exclusividade absoluta”. Por sua vez, na exclusividade de venda, é possível que existam vários vendedores do objeto no País e, por isso, a Administração Pública deve considerar a exclusividade dentro de seus limites territoriais ou até mesmo regionais, a depender do vulto do contrato a ser celebrado, razão pela qual Gasparini (2003, p. 455) utiliza a expressão “exclusividade relativa”.

Há que distinguir, todavia, a exclusividade *industrial* da exclusividade *comercial*. Aquela é a do produtor privativo no País; esta é a dos vendedores e representantes na praça. Quando se trata de *produtor* não há dúvida possível: se só ele produz um determinado material, equipamento ou gênero, só dele a Administração pode adquirir tais coisas. Quando se trata de *vendedor* ou *representante comercial* já ocorre a possibilidade de existirem vários no País, e, neste caso, considera-se a *exclusividade na praça de comércio* que abranja a localidade da licitação. O conceito de exclusividade co-

mercial está, pois, relacionado com a área privativa do vendedor ou do representante do produtor. (MEIRELLES, 2016, p. 334)

(...). De acordo com correta classificação, pode a exclusividade ser *absoluta* ou *relativa*. Aquela ocorre quando só há um produtor ou representante comercial exclusivo no país; a relativa, quando a exclusividade se dá apenas na praça em relação à qual vai haver a aquisição do bem. Na exclusividade relativa, havendo fora da praça mais de um fornecedor ou representante comercial, poderá ser realizada a licitação, se a Administração tiver interesse em comparar várias propostas. Na absoluta, a inexigibilidade é a única alternativa para a contratação (CARVALHO FILHO, 2015, p. 277).

Mesmo possibilitando a contratação direta com o fornecedor exclusivo, a Lei de Licitações veda a preferência de marca. Além disso, exige que a comprovação de exclusividade seja feita por atestado fornecido pelo Órgão de registro do comércio do local em que se realizará a licitação, ou por Organismo Sindical, sendo que, nos termos da Súmula nº 255 do Tribunal de Contas da União (TCU), o agente público responsável pela contratação tem o dever de adotar as providências necessárias para confirmar a veracidade da documentação comprobatória da condição de exclusividade.

4.2. Serviços técnicos especializados

O inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/1993 estabelece ser inexigível a licitação “para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação”.

Diferente do inciso I do art. 25, em que a Administração Pública almeja contratar o fornecimento de um objeto, no inciso II o objetivo é contratar a prestação de um serviço, o qual deve apresentar duas características que inviabilizam a competição, quais sejam: ser técnico e ser singular. Além disso, este serviço precisa ser prestado por profissional com notória especialização. Logo, conclui-se que “técnico” e “singular” são características do serviço, ao passo que “notória espe-

cialização” é uma característica do profissional que irá prestá-lo. Nesse sentido é a Súmula nº 252 do TCU, que assim dispõe:

Súmula nº 252, TCU: A inviabilidade de competição para a contratação de serviços técnicos, a que alude o art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993, decorre da presença simultânea de três requisitos: serviço técnico especializado, entre os mencionados no art. 13 da referida lei, natureza singular do serviço e notória especialização do contratado.

O art. 13 da Lei nº 8.666/1993 traz um rol taxativo de serviço considerados de natureza técnico profissional especializado, dentre eles, destacam-se os serviços de pareceres (inciso II), assessoria ou consultoria técnica (inciso III), patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas (inciso V) e treinamento e aperfeiçoamento de pessoal (inciso VI). Posteriormente será abordado com maior ênfase o serviço técnico profissional especializado previsto no inciso V.

Porém, para que a contratação seja realizada por inexigibilidade de licitação, não basta que o serviço técnico profissional especializado conste do rol do art. 13 da Lei nº 8.666/1993. Além desse requisito, o serviço deve ser singular e o profissional ou empresa que irá executá-lo deve ter notória especialização.

O conceito de serviço técnico profissional especializado consta do art. 13. O inc. II acrescenta duas exigências à contratação com inexigibilidade, a saber, o objeto singular da contratação e a notória especialização. A inexigibilidade apenas se configura diante da presença cumulativa dos três requisitos. Ou seja, não basta configurar-se um serviço técnico profissional especializado, mas a contratação direta dependerá de constatar-se a existência de objeto singular. Ademais disso, apenas poderá ser contratado um sujeito titular de notória especialização. (JUSTEN FILHO, 2014, p. 496-497).

Por serviço singular, entende-se “aquele que é portador de tal complexidade executória que o individualiza, tornando-o diferente dos da mesma espécie, e que exige, para a sua execução, um profissio-

nal ou empresa de especial qualificação” (GASPARINI, 2003, p. 459). Assim, consideram-se singulares os serviços marcados pelas características pessoais próprias de seu executor.

Dizer que um serviço é singular não significa que ele seja único, ou seja, o mesmo serviço pode ser prestado por diversas pessoas, porém, cada qual apresenta um traço de individualidade que lhe é próprio, fazendo com que o serviço prestado por determinado profissional ou empresa seja mais interessante para a Administração Pública por melhor atender o interesse público.

Todos estes serviços se singularizam por um estilo ou por uma orientação pessoal. Note-se que a singularidade mencionada não significa que outros não possam realizar o mesmo serviço. Isto é, são singulares, embora não sejam necessariamente únicos.

Evidentemente, o que entra em causa, para o tema da licitação, é a *singularidade relevante*, ou seja: cumpre que os fatores singularizadores de um dado serviço apresentem realce para a satisfação da necessidade administrativa. Em suma: que as diferenças advindas da singularidade de cada qual *repercutam de maneira a autorizar a presunção de que o serviço de um é mais indicado do que o serviço de outro*. (MELLO, 2015, p. 559).

No mesmo sentido, no Acórdão nº 2.616/2015, o Plenário do TCU assim entendeu:

Nas contratações diretas por inexigibilidade de licitação, o conceito de singularidade não pode ser confundido com a ideia de unicidade, exclusividade, ineditismo ou raridade. O fato de o objeto poder ser executado por outros profissionais ou empresas não impede a contratação direta amparada no art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993. A inexigibilidade, amparada nesse dispositivo legal, decorre da impossibilidade de se fixar critérios objetivos de julgamento.¹⁴

14 TCU, Processo nº 017.110/2015-7, Acórdão nº 2.616/2015 - Plenário, Rel.: Min. Benjamin Zymler, julg. em 21/10/2015. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO:2616%20ANOACORDAO:2015%20

Sendo assim, é possível que a Administração Pública contrate, por inexigibilidade de licitação, um famoso e renomado jurista, para fazer a sustentação oral perante o Supremo Tribunal Federal no julgamento de uma causa milionária, pois trata-se de um serviço singular. Por sua vez, não se mostra razoável contratar um advogado tributarista nacionalmente conhecido para ajuizar as Ações de Execução Fiscal do Município, pois não se trata de um serviço singular, podendo ser realizado pelos próprios servidores integrantes do setor jurídico do Órgão.

Como último requisito, avalia-se a característica do profissional que presta o serviço técnico e singular, exigindo-se que o mesmo tenha notória especialização. O §1º do art. 25 da Lei nº 8.666/1993 traz um conceito de profissional com notória especialização, assim atendido aquele que, no campo de sua especialidade, apresenta-se como o essencial e indiscutivelmente o mais adequado para prestar o serviço pretendido, podendo se chegar a esta conclusão a partir de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades.

A especialização consiste na titularidade objetiva de requisitos que distinguem o sujeito, atribuindo-lhe maior habilitação do que a normalmente existente no âmbito dos profissionais que exercem a atividade. Isso se traduz na existência de elementos objetivos ou formais, tais como a conclusão de cursos e a titulação no âmbito de pós-graduação, a participação em organismos voltados a atividade especializada, o desenvolvimento frutífero e exitoso de serviços semelhantes em outras oportunidades, a autoria de obras técnicas, o exercício de magistério superior, a premiação em concursos ou a obtenção de láureas, a organização de equipe técnica e assim por diante. Não há como circunscrever exaustivamente as evidências da capacitação objetiva do contratado para prestar o serviço. O tema dependerá do tipo e das peculiaridades do serviço técnico-científico, assim como da profissão exercitada. (JUSTEN FILHO, 2014, p. 502).

Assim, para qualificar determinado profissional como de notória especialização, é preciso analisar sua vida pregressa, os estudos e os trabalhos por ele desenvolvidos para, então, concluir se houve alguma contribuição positiva para a comunidade científica na qual está inserido, diferenciando-o dos demais profissionais.

No que se refere à contratação, pela Administração Pública, de serviços advocatícios por inexigibilidade de licitação, também é preciso observar se o mesmo preenche os 03 requisitos exigidos pelo inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/1993, a saber: serviço técnico, singular e prestado por profissional de notória especialização.

No que se refere à característica de ser um serviço técnico, conclui-se que os serviços advocatícios encontram respaldo no art. 13 da Lei de Licitações, seja no inciso II (pareceres), seja no inciso III (assessoria e consultoria técnica), seja no inciso V (patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas).

Quanto à singularidade do serviço, essa característica deve ser analisada juntamente com a característica da notória especialização do profissional, pois somente um jurista com notória especialização em determinado ramo do Direito poderá oferecer um serviço singular, com característica individualizadoras que o diferencia dos serviços oferecidos por outros profissionais do mesmo ramo.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, prevalece o entendimento de que é possível a contratação de serviços advocatícios, por inexigibilidade de licitação, quando se tratar de serviço singular prestado por profissional de notória especialização. Porém, o mesmo Tribunal não aceita, como requisito para a inexigibilidade de licitação, a alegação de que o administrador possui confiança no contratado. Nesse sentido, a 2ª Turma do STJ julgou o AREsp nº 1.507.099/GO, assim entendendo:

(...). Ademais, descabido utilizar como critério para fundamentar a inexigibilidade a alegada confiança da Administração, já que as contratações devem ser feitas exclusivamente com base no interesse público, o qual não admite preferências de qualquer natureza, muito menos as pessoais.¹⁵

15 STJ, AREsp nº 1.507.099/GO, 2ª Turma, Rel.: Min. Francisco Falcão, unânime, julg. em 17/12/2019, pub. no DJe em 19/12/2019. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/pro>

No mesmo sentido, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Inq. nº 3.074/SC, também decidiu pela possibilidade de contratação de escritório de advocacia por inexigibilidade de licitação, desde que respeitados determinados requisitos, conforme citado abaixo:

EMENTA: IMPUTAÇÃO DE CRIME DE INEXIGÊNCIA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA POR FALTA DE JUSTA CAUSA. A contratação direta de escritório de advocacia, sem licitação, deve observar os seguintes parâmetros: a) existência de procedimento administrativo formal; b) notória especialização profissional; c) natureza singular do serviço; d) demonstração da inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e) cobrança de preço compatível com o praticado pelo mercado. Incontroversa a especialidade do escritório de advocacia, deve ser considerado singular o serviço de retomada de concessão de saneamento básico do Município de Joinville, diante das circunstâncias do caso concreto. Atendimento dos demais pressupostos para a contratação direta. Denúncia rejeitada por falta de justa causa.¹⁶

Percebe-se que o STF exige que o serviço advocatício a ser contratado não pode ser prestado pelos advogados do próprio Órgão. Tal fato corrobora a tese de que este serviço deve ser singular e prestados por profissional de notória especialização. Além disso, a contratação deve ser formalizada em Processo Administrativo e o preço cobrado pelo profissional especializado deve ser compatível com o preço praticado no mercado. Preenchidos estes requisitos, o serviço advocatício pode ser contratado diretamente pela Administração Pública através inexigibilidade de licitação, com base no inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/1993.

cesso/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1904025&num_registro=201901424233&data=20191219&formato=PDF>. Acesso em 07/01/2020.

16 STF, Inq. nº 3.074/SC, 1ª Turma, Rel.: Min. Luís Roberto Barroso, por maioria, julg. em 26/08/2014, pub. no DJe em 03/10/2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6849679>>. Acesso em 07/01/2020.

4.3. Atividades artísticas

A Lei de Licitações traz, no inciso III do art. 25, a inexigibilidade de licitação “para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública”.

Mais uma vez, diferente do inciso I do art. 25, onde a Administração Pública almeja contratar o fornecimento de um objeto, no inciso III a Administração Pública quer contratar a prestação de um serviço que, por sua natureza, inviabiliza a competição. Para Di Pietro (2014, p. 410) “o que se objetiva é a prestação de serviço artístico, que pode tornar-se insuscetível de competição, quando contratado com profissional já consagrado, que imprima singularidade ao objeto do contrato”.

Carvalho Filho (2015, p. 278) entende que “(...), a arte é personalíssima, não se podendo sujeitar a fatores objetivos de avaliação. A Administração, na hipótese, pode firmar diretamente o contrato”. Contudo, para evitar que o administrador público contrate o artista de sua preferência, satisfazendo seus interesses pessoais, a Lei de Licitações exige que o artista seja consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Além disso, deverá haver um requisito outro, consistente na consagração em face da opinião pública ou da crítica especializada. Tal se destina a evitar contratações arbitrárias, em que uma autoridade pública pretenda impor preferências totalmente pessoais na contratação de pessoa destituída de qualquer virtude. Exige-se que ou a crítica especializada ou a opinião pública reconheçam que o sujeito apresenta virtudes no desempenho de sua arte. (JUSTEN FILHO, 2014, p. 515).

Mas o que seria essa “crítica especializada”? Para GASPARINI (2003, p. 461), “é a crítica local, regional (estadual) ou nacional, em razão do valor do contrato”. Na concepção do referido autor, se o valor do contrato está dentro do limite do Convite, deve-se analisar a crítica local. Porém, se o valor do contrato está dentro do limite da Tomada

de Preço, deve-se analisar a crítica regional (estadual). Por fim, se o valor do contrato está dentro do limite da Concorrência, deve-se analisar a crítica nacional.

Outra exigência legal, que causa problemas práticos, é que o artista seja contratado diretamente ou através de empresário exclusivo. Neste ponto, é comum à Administração Pública, principalmente no âmbito municipal, contratar artistas por inexigibilidade de licitação através de Empresas de eventos que possuam Carta de Exclusividade específica para uma determinada data e local.

Para MURTA (2015), a Carta de Exclusividade para determinada data e local não é hábil para a contratação direta, pois a exclusividade é condicionada e temporária, o que, em regra, possibilita a competição. Nessas situações, a Administração Pública melhor atende ao interesse público se realizar processo licitatório para a contratação do profissional, em datas nas quais haja disponibilidade.

No mesmo sentido, no Acórdão nº 1.435/2017, o Plenário do TCU assim decidiu:

(...).

6. Quando a contratação do artista pelo ente administrativo se dá com a intermediação de empresário, a comprovação da exclusividade deste deve ser feita, necessariamente, mediante a apresentação de cópia do contrato de exclusividade firmado entre o artista e o seu empresário, sob pena de se considerar irregular a contratação direta. Tal documento é, pois, imprescindível à caracterização da inviabilidade de competição.

(...).

8. A propósito, por ‘empresário exclusivo’ deve-se entender aquela pessoa, física ou jurídica, que cuida de todos os interesses e compromissos do artista ou banda musical, mediante contrato de representação exclusiva, registrado em cartório para surtir efeitos em relação a terceiros. Donde se conclui que o contrato de exclusividade celebrado entre o artista (ou banda) e o seu empresário difere da simples autorização (também chamada de carta de exclusividade) que confere representatividade

ao empresário do artista/banda apenas para o (s) dia (s) correspondente (s) à apresentação deste, e ainda restrita à localidade do evento.

(...).

10. Portanto, para que não se configure o desrespeito ao art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993, é indispensável, na prestação de contas do ente convenente, a apresentação do contrato de exclusividade - registrado em cartório - entre o artista consagrado e o empresário contratado, não bastando, para tanto, a autorização que confere exclusividade apenas para o (s) dia (s) correspondente (s) à realização do show artístico. Contratos, cartas ou até mesmo simples declarações de exclusividade restritos às datas e às localidades das apresentações artísticas não atendem aos pressupostos do aludido dispositivo legal.¹⁷

Desta forma, tendo em vista a natureza personalíssima dos serviços artísticos, as referidas contratações devem se ater de forma sólida aos requisitos exigidos pelo inciso III do artigo 25 da Lei nº 8.666/1993, quais sejam: que o artista seja consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública e que a contratação seja feita diretamente com o profissional ou com empresário exclusivo (e não com empresário temporário).

5. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

Em que pese na inexigibilidade de licitação não haver uma competição entre os futuros contratados, deve-se lembrar que a Administração Pública é pautada pelo Princípio da Formalidade do Atos Administrativos. Assim, mesmo não havendo a licitação, deve-se formalizar um procedimento definindo o objeto a ser contratado e as condições

17 TCU, Processo nº 022.552/2016-2, Acórdão nº 1.435/2017 - Plenário, Rel.: Min. Vital do Rêgo, julg. em 05/07/2017. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO:1435%20ANOACORDAO:2017%20COLEGIADO:%22Plen%C3%A1rio%22/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20>. Acesso em 07/01/2020.

contratuais que vincularão as partes, vista dos documentos exigidos pela Lei que comprove a regularidade do contratado, além das justificativas necessárias.

No geral, a etapa interna não se diferencia quando comparados os casos de licitação e os casos em que ela não ocorre. A Administração deverá definir o objeto a ser contratado e as condições contratuais a serem observadas. A maior diferença residirá em que os atos internos conduzirão à contratação direta, em vez de propiciar prévia licitação. (JUSTEN FILHO, 2014, p. 525).

Diga-se, ainda, que a inexigibilidade do procedimento licitatório não libera a entidade, de regra obrigada a licitar, das demais exigências. Então, deve tomar as cautelas devidas, relacionadas com a comprovação da capacidade jurídica, técnica, econômico-financeira e com a regularidade fiscal. Deve ainda preocupar-se com a emissão da nota de empenho e a celebração do contrato, a publicação e com outras exigências legais, quando for o caso. (GASPARINI, 2003, p. 454-455).

O *caput* do art. 26 da Lei nº 8.666/1993 dispõe que as inexigibilidade de licitações referidas no art. 25 precisam ser necessariamente justificadas, devendo ser comunicada à autoridade superior no prazo de três dias, a qual terá o prazo de cinco dias para ratificar o ato e publicá-lo na Imprensa Oficial para que tenha eficácia entre as partes contratantes. Além disso, o parágrafo único do mesmo dispositivo dispõe que o processo de inexigibilidade deve ser instruído com a razão da escolha do fornecedor ou executante e a justificativa do preço.

A contratação com base nas hipóteses de inexigibilidade necessita de justificativa, que é o arrazoado preparado e assinado pelo agente responsável pela análise da viabilidade ou não da licitação. Se esta restar inviável, o processo assim instruído deverá ser levado à autoridade superior para, se for o caso, ratificar e publicar dita justificativa acompanhada do ato de ratificação. (...). A publicação será na imprensa oficial, como determina esse preceptivo, e a sua falta impede a contratação, pois o ato

declarando a inexigibilidade e o ato de ratificação não adquiriram eficácia. A falta dessa publicação nessa oportunidade por si só não invalida a contratação, embora, mediante o devido procedimento administrativo, deva ser responsabilizado o servidor omissor. (GASPARINI, 2003, p. 454).

Diante das exigências feitas pelo Lei nº 8.666/1993 para a correta contratação direta através da inexigibilidade de licitação, é claro que o desrespeito às regras nele elencadas acarreta responsabilidade, as quais são de ordem administrativa, civil e criminal.

Na esfera administrativa, cumpre à autoridade superior a instauração do Processo Administrativo Disciplinar (PAD) para apurar as irregularidades cometidas pelo agente público durante o processo de inexigibilidade de licitação. Além disso, o agente público também pode responder por ato de improbidade administrativa, com base na Lei nº 8.429/1992.

Na esfera cível, a própria Lei de Licitações elenca a responsabilização no §2º de seu art. 25, estabelecendo que, ao ficar comprovado o superfaturamento no preço, o agente público responsável pela contratação direta responderá solidariamente com o fornecedor ou prestador de serviços pelos danos causados ao Erário.

Por fim, na esfera criminal, o art. 89 da Lei nº 8.666/1993 traz uma pena de três a cinco anos de detenção, e multa, para quem realizar inexigibilidade de licitação fora das hipóteses legais, ou deixar de cumprir as formalidades exigidas. Além disso, responde com a mesma sanção quem beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, desde que tenha concorrido para a consumação da ilegalidade.

6. CONCLUSÃO

No que tange a questão da contratação direta por inexigibilidade de licitação, objeto de estudo deste trabalho, percebe-se que o tema passa por caminhos certa vez tormentosos, pois trata-se de exceção constitucional quando a regra é, na verdade, a realização do procedimento licitatório.

Em que pese a contratação direta ser uma exceção, certo é que se encontra regulamentada pela Lei nº 8.666/1993, apresentando duas

modalidades. De um lado trabalha-se a dispensa de licitação, que se subdivide em licitação dispensada (art. 17) e licitação dispensável (art. 24), cujo rol é taxativo. De outro lado encontra-se a inexigibilidade de licitação, prevista no art. 25, cujas hipóteses são meramente exemplificativas.

Em relação à inexigibilidade de licitação, os resultados obtidos com este trabalho foram no sentido de que a Administração Pública está autorizada, pelo Ordenamento Jurídico, a realizar a contratação direta do objeto ou serviço pretendido. Porém, para que essa espécie de contratação direta seja válida e eficaz, deve seguir as exigências impostas pelo Legislador ordinário, em especial, as situações previstas no art. 25 da Lei nº 8.666/1993, cada qual com seus requisitos peculiares e, ainda, formalizar um Processo Administrativo com a devida justificativa, conforme previsão do art. 26 do mesmo diploma normativo.

Neste sentido, chega-se à conclusão de que, ao realizar a contratação direta por inexigibilidade de licitação, a Administração Pública deve observar e seguir os Princípios Administrativos elencados no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, para, assim, conseguir alcançar seu principal objetivo, que é a satisfação do interesse público.

7. REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição, 1988.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018
- MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- MURTA, Camila Cristina. *Contratação de empresas de eventos para realização de shows por inexigibilidade*. Blog Zênite. 2015. Disponível em: <<https://www.zenite.blog.br/contratacao-de-empresas-de-eventos-para-realizacao-de-shows-por-inexigibilidade/>>. Acesso em 14 de janeiro de 2020

AVE IMPÉRIO: A MONARQUIA BRASILEIRA

Elói Henrique Ghidetti Duarte

Introdução

A história de um país não pode ser ocultada, caluniada ou adulterada, a bem entender, de qualquer tipo ou forma de governo. Desde o ensino básico na educação no Brasil vemos, nos livros didáticos de história, algumas falácias como a “proclamação da república teve participação popular” ou “na bandeira do Brasil, o verde representa as florestas, o amarelo as riquezas.”, ou seja, a doutrinação nas escolas para difamar a Monarquia Brasileira sempre esteve presente.

Com o Golpe Republicano de 1889, símbolos e heróis nacionais foram inventados e/ou adulterados pelo governo republicano, até o ano de 1987, prestes a nascer a Constituição de 1988, a censura à Monarquia Parlamentarista ainda vigorava.

O Brasil teve 06 Constituições durante a República (06 Repúblicas), sendo três ditaduras, diversas crises políticas e econômicas, e quem recuperava o País destas crises foi o povo brasileiro, que vive em um dos países com a maior carga tributária do mundo, com pouco retorno real à população.

Hoje a Constituição de 1988, pós Governo Militar, colocou fim à cláusula pétreia que proibia mencionar a Monarquia, talvez, após carta de Dom Luiz (CASA IMPERIAL DO BRASIL, 1990) como possível solução de instabilidade política. A CF/88 é considerada a mais importante no período republicano e, de certa forma, a mais

desrespeitada também pelos excessos de direitos e menos deveres (RAMON, 2017).

Este artigo foi elaborado em biografias e produções independentes que foram baseadas em documentos nacionais e estrangeiros para demonstrar uma isenção ideológica e maior veracidade dos fatos e citações sobre a história brasileira acerca do Poder Moderador e dois principais motivos da queda da Monarquia Brasileira.

1. O Poder Moderador na Constituição Imperial de 1824

Durante a história republicana, cada nova república promulgou e outorgou novas constituições, cada Constituição se referia aos interesses da oligarquia, da elite política e dos parlamentares de cada época.

Muitos alegam que a Constituição Imperial de 1824 foi feita a portas fechadas e imposta ditatorialmente por Dom Pedro I como forma de centralizar e manter o poder, mas foi a Constituição mais longa (65 anos) que o Brasil já viu como nação com, ainda, “pequenas modificações, até o final do Império” (PRIORE, 2016).

Na medida em que eram eleitos membros para a nova Constituinte, a maioria destes membros adotava uma postura liberal moderada, pronta a defender uma monarquia constitucional que garantisse os direitos individuais e estabelecesse limites ao poder do monarca. (PRIORE, 2016)

Quando é mencionado que a Assembleia Constituinte de 1823 fora dissolvida e uma nova Assembleia convocada, deve-se ao motivo para garantir uma monarquia constitucional com um executivo moderado, sistema parecido com o da Espanha, sendo que:

Os constituintes não queriam lhe outorgar o direito de dissolver a futura Assembleia dos Deputados, forçando, quando quisesse, novas eleições. Não lhe davam tampouco o poder de veto absoluto. (...) Era preciso, segundo ele (Dom Pedro I) concentrar poderes em suas mãos. (PRIORE, 2016)

No final, a primeira constituinte foi dissolvida com o decreto imperial de 12 de novembro de 1823 (ALESP, 2002):

“... Havendo eu convocado, como tinha direito de convocar, a Assembléia Constituinte Geral e Legislativa, por decreto de 3 de junho do ano passado, a fim de salvar o Brasil dos perigos que lhe estavam iminentes: E havendo esta assembléia perjurado ao tão solene juramento que prestou à nação de defender a integridade do Império, sua independência, e a minha dinastia: Hei por bem, como Imperador e defensor perpétuo do Brasil, dissolver a mesma assembléia e convocar já uma outra na forma de instruções feitas para convocação desta, que agora acaba, a qual deverá trabalhar sobre o projeto da Constituição que eu lhe ei de em breve lhe apresentar, que será mais duplicamente liberal do que a extinta assembléia acabou de fazer .”

Difícil eram as práticas liberais as quais fossem garantidos os direitos individuais (de acordo com os princípios constitucionais que já eram previstos no mundo naquela época), limitasse o poder do monarca para evitar que o absolutismo reinasse no Brasil e ainda administrar as ações dos três poderes para evitar abusos políticos e interesses abusivos dos partidos, das elites rurais e militares.

Cabe mencionar que, depois de séculos de monarquias absolutistas e pela educação recebida para os descendentes, era normal que um herdeiro de qualquer Casa Real tivesse carisma ao absolutismo. O Mundo estava em transição entre Monarquias Constitucionais Parlamentares mais liberais e Repúblicas, mas não existe sistema perfeito e muito menos pessoas perfeitas que não tivessem cometidos atos considerados abusivos em qualquer forma de governo.

Assim conclui Mary Del Priore:

(...) havia uma grande distância entre teoria e prática. Ao organizar os poderes, garantir direitos individuais e definir atribuições, tudo era perfeito. O problema era a aplicação numa sociedade onde um pequeno grupo tinha o poder político e, também instrução e tradição autoritária. (PRIORE, 2016)

Tal medo dos brasileiros na época, inclusive dos brasileiros da atualidade, com relação a Dom Pedro I ser absolutista era uma falsa realidade. Mas como já explicitado, quanto ao fato de tradições fami-

liares e a mudança que o mundo sofria politicamente na época, e defendido por monarquistas da atualidade que se empenham no retorno da Monarquia no Brasil, o Imperador exercia um papel importante no estado onde fiscalizava, administrava e agia com ética moral, dentro da Constituição, contra os interesses corruptos dos parlamentares, essa era a função do Poder Moderador.

A ideia de Poder Moderador:

Veio com Benjamin Constant, autor muito lido na época, prognosticava que o Rei não interferia na política administrativa e cotidiana, tendo o papel de moderar as disputas mais graves, como porta voz da “vontade e do interesse nacional”. Ou seja: era facultado a ele ser o voto diferencial em eleições e estabelecer ou revogar normas dos demais poderes. (PRIORE, 2016)

Assim definido o Poder Moderador no artigo 98 da Constituição Imperial:

Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização política e é delegada privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos mais Poderes políticos.

João Camillo de Oliveira Torres assim definiu o Poder Moderador cuja “função cabia ao Imperador, que o exercia para manter em equilíbrio a máquina do Estado e de representar a nação perante o mundo” (TORRES, 1954).

Por sua vez, Pimenta Bueno, o Marquês de São Vicente diz:

É a suprema inspeção da Nação, é o direito que ela tem e que não pode exercer por si mesma, de examinar como os diversos poderes políticos que ela criou e confiou a seus mandatários (...) Este poder, que alguns publicistas denominavam Poder Real, ou Imperial, Poder Conservador, incontestavelmente existe na nação, pois que não é possível nem por um momento supor que ela não tenha o direito de examinar e reconhecer como fun-

cionam os poderes que ela instituiu para o seu serviço, ou que não tenha o direito de providenciar, de retificar sua direção, de neutralizar seus abusos (BUENO, 1857).

Sem o controle do monarca, exercido pelo Poder Moderador, os congressistas ficavam a vontade para aprovar projetos de interesses particulares e principalmente pela fome de poder dos partidos levando aos abusos que restaria perdido os interesses da nação:

Em qualquer calamidade de ordem física ou política, deve o Imperador aparecer, mostrando sua dedicação pelo bem público. Tal é sua verdadeira missão ostensiva, pois, em nosso sistema de governo, a ação só deve regularmente manifestar-se pelos ministros, e aquêle contentar-se com a recompensa de que a maioria da Nação reconhecerá, por fim, que, durante anos que êle foi Imperador, houve felicidade em geral. (TORRES, 1954)

Nessa premissa de que nem sempre o Parlamento reflete a imagem fiel da opinião do povo, mas os jogos partidários pelo poder, Oliveira Viana assim se discorreu:

Circunstâncias imprevistas, fatos novos, operados dentro do interregno eleitoral, podem produzir uma modificação na opinião pública, sem que esta modificação se ache revelada no Parlamento, ou mesmo este, pelo jogo íntimo dos interesses partidários, pode afetar uma opinião, sem que esta opinião seja, entretanto, um reflexo da opinião do Povo. (VIANA, 1925)

Embasando a matéria do Poder Moderador em uma Monarquia para as soluções de crises no Parlamento, Oliveira Viana assim dissertou:

O tato do Príncipe está justamente em distinguir estas duas hipóteses e dar ao conflito uma solução convinável. Se ele julga que a opinião do Parlamento é expressão da opinião do Povo, concede demissão ao Gabinete e forma um outro Gabinete

com elementos da opinião preponderante no Parlamento. Em regra, esta solução do conflito equivale uma modificação na situação dos grupos partidários perante o Poder – e à formação de um novo Gabinete pode corresponder a queda do partido a que pertence o Gabinete demissionário, isto é, a ascensão do partido oposto, ou de um outro partido. O Príncipe, entretanto, pode não demitir o Gabinete, pode conservá-lo, se presume que a opinião parlamentar não é exatamente o reflexo da opinião popular. Neste caso, concede ao Gabinete a dissolução do Parlamento e, por meio de uma nova eleição, sonda ou consulta a opinião do país. O novo Parlamento dará, pela opinião de sua maioria, o sentido real da opinião do Povo e será então de acordo com esta opinião que o Príncipe organizará o novo Gabinete. (VIANA, 1925)

No Império havia a possibilidade de dissolver o Parlamento, segundo Paulino José Soares de Souza, o Visconde do Uruguay:

O poder moderador apenas convoca o juízo da Nação, recorre à origem e à fonte de todos os poderes. Pode a dissolução embaraçar alguma medida que se pretendia fazer passar: adia-se somente se a Nação a quer, e em todo o caso conserva o que está e não confere poderes e força que a Constituição não lhe tenha dado. (SOUZA, 1862)

A vantagem da Monarquia, como funciona muito bem em países da Europa, é resumida por Oliveira:

O papel do Príncipe neste sistema constitucional é o de uma força reguladora, ou antes, de um agente de conciliação e reajustamento das duas peças do sistema: o Parlamento e o Gabinete – o Poder Executivo e o Poder Legislativo. Reajustar o Parlamento ao Povo e reajustar o Gabinete a este Parlamento, assim previamente reajustado ao Povo – eis a função suprema do Príncipe no regime parlamentar. É nisto que consiste o “reinar” da fórmula britânica: “o rei reina, mas não governa”. (VIANA, 1925)

Assim, João Camilo de Oliveira Torres diz:

A importância do Poder Moderador, além da função de fiel da balança do Estado e de juiz entre os partidos, dentro da doutrina clássica, aparecia também na possibilidade de servir de elo entre os vários poderes e entre o governo central e os governos locais. (TORRES, 1954)

Como exemplo atual de atuação do Poder Moderador de um Monarca, no dia 03 de maio de 2019, o Rei Felipe VI da Espanha dissolveu o parlamento “porque não soubemos cumprir o mandato cidadão de chegar a um acordo de maioria suficiente para formar um governo” (FOLHA, 2019), conforme um dos parlamentares justificou. Novas eleições legislativas gerais foram convocadas e um novo parlamento foi eleito pelo povo.

No Brasil, Constituição de 1988, as crises no Parlamento se perpetuam, possivelmente, até as próximas eleições, quando um presidente ideologicamente semelhante às maiores bancadas é eleito e as estas recebem o que reivindicam.

Assim disse Dom Bertrand, segundo na linha sucessória ao Trono Brasileiro (2020), em uma entrevista ao Sr. Moisés Rabinovich no Canal TV Brasil no Youtube:

A missão de um Rei não é ser um superadministrador, a missão de um Rei é, sobretudo, encarnar virtudes de seu povo, ser o símbolo vivo de sua Nação, ser um exemplo que sustenta o conjunto da Nação (...) hoje em dia um presidente da república tem muito mais poder que Dom Pedro II, não há comparação e inclusive muito mais poder do que tinha o próprio o Rei Luiz XIV, que é apresentado como o Rei Sol, o Rei Absoluto (...) (TV BRASIL, 2018).

Nunca houve um Presidente que falou desta forma, o Monarca governa para a nação, não governa para a próxima eleição, não governa pelos interesses de partidos. O contrário do período republicano cujos interesses particulares e partidários estão acima dos interesses da nação.

Na mesma entrevista supracitada, Dom Bertrand sabidamente disse que:

A Monarquia garante exatamente três condições fundamentais para o desenvolvimento da nação – são Unidade, sua Estabilidade e sua Continuidade – e não um regime que está continuamente pensando nas próximas eleições. Está (a Monarquia) pensando nas próximas gerações e não nas próximas eleições. Daí o sucesso das monarquias hoje (século XXI).

Brasileiros críticos à Monarquia se baseiam, por exemplo, na Monarquia Britânica, onde pensam que a Família Real é apenas figurativa e sustentada pelos altos impostos. Pagamos mais impostos para sustentar os luxos e benesses de 607 pessoas na alta cúpula federal da república (1 presidente, 1 vice presidente (inclusive ex-presidentes), 513 deputados, 81 senadores, 11 ministros do STF) que não conseguem se harmonizar, comandados por partidos ideológicos e disputam poderes entre si.

2. A Queda - Questão da Escravidão

A queda da monarquia brasileira aconteceu gradativamente através de situações e decisões tanto da Corte quanto do Parlamento que iam contra os interesses particulares das elites oligárquicas. A assinatura da Lei Áurea, que libertou todos os escravos cativos do Brasil e a questão militar onde, após a vitória na Guerra do Paraguai, os militares exigiam benesses imediatas foram as principais causas.

Na questão da escravidão, muitos membros do Parlamento na época eram fazendeiros que se utilizavam de mão de obra escrava para enriquecer e fazer a máquina industrial brasileira, totalmente agrícola, gerar riquezas para o país à custa de sangue, tortura e tráfico.

Temos que ter em mente que durante toda a história da civilização humana diversos grupos, etnias, raças já foram escravizadas, inclusive brancos loiros de olhos azuis. Assim mencionou o Instituto d’Mulher Negra (GELEDES):

Parece bizarro imaginar que Finlândia e Suíça, que hoje estão entre os países com a melhor qualidade de vida no planeta, sofreram com escravidão em suas histórias recentes. Enquanto os finlandeses foram tratados como mercadoria no Mar Negro, entre os séculos XII e XVIII, a Suíça foi manchada por ter feito a prática com seu próprio povo. (ANDREGUETTI, 2016)

No sítio eletrônico “SÓ HISTÓRIA”, é mencionada a escravidão numa forma geral:

Quando falamos em escravidão, é difícil não pensarmos nos europeus que superlotavam os porões de seus navios de homens trazidos da África independente de suas vontades e que foram colocados à venda de forma desumana e cruel por toda a América. Entretanto, a escravidão é bem mais antiga do que o tráfico do povo africano. Ela é tão antiga quanto à própria história, quando os povos derrotados em batalhas eram escravizados por seus conquistadores. Neste caso, citamos como exemplo os hebreus, que foram vendidos como escravos desde o começo da História (SÓ HISTÓRIA, s.d.).

Dom Pedro I já se manifestava contra a escravidão ao falar em jornais e periódicos usando pseudônimos, no caso da escravidão usava ‘O Filantropo’, chegou a libertar alguns escravos que estavam sob sua vigília e Dona Leopoldina até mesmo praticava caridade com alguns que permaneceram por meio de seu soldo.

O Imperador sempre se incomodou com a escravidão, conforme Paulo Rezzuti:

O amor que consagro à minha Pátria, os princípios de uma justa liberdade que tenho, e o me interesse pela prosperidade e grandeza deste Império, me instam a que faça patente ao Público as minhas ideias acerca do comércio da escravatura [...] Poucas pessoas ignorarão que a escravatura é o cancro que corrói o Brasil! [...] é mister extingui-la. (O filantropo – pseudônimo de Pedro I – jornal O Espelho). (REZZUTI, 2015)

Para Pedro I, não existia diferenças ou hierarquia de raças:

(...) Eu sei que me querem tirar os cavalos do carro, para que já há diferentes pessoas dispostas, e eu affijo-me de ver os meus semelhantes dando, a um homem, tributos próprios à Divindade. Eu sei que o meu sangue é da mesma cor que a dos negros. (REZZUTI, 2015)

A referência acima foi usada pelo autor Paulo Rezzuti como “sendo uma das primeiras peças jornalísticas compostas pelo Príncipe, que usaria diversos pseudônimos ao publicar cartas-resposta e artigos em jornais do Rio de Janeiro” (REZZUTI, 2015).

No período do Dia do Fico, o tenente-coronel português José Maria da Costa assim demonstrou uma visão escravista de todos os brasileiros com relação às Cortes Portuguesas, o que ajudou o Imperador a ficar no Brasil, desrespeitando as Cortes.

Segundo uma testemunha:

José Maria afirmava que os brasileiros não queriam a Constituição e que logo se veriam novamente reduzidos ao antigo cativo. Disse ainda que o príncipe seria levado a Portugal pelas orelhas. “Vocês foram nossos escravos, são e hão de continuar a ser e eu vou dar a prova”. (REZZUTI, 2015)

Pedro I defendia o fim da escravidão, tráfico de escravos, e demonstrou que se propôs a tentar um texto contrário à escravidão no Brasil (REZZUTI, 2015).

Paulo Rezzuti explicou:

Ao longo do artigo, D. Pedro apresentou um arrazoado a respeito da substituição dos escravos por mão de obra imigrante e descreveu o plano, a ser futuramente implantado, de manter agentes na Europa para aliciar famílias e empregá-las ao bem do estado, pagando assim os custos com transporte para o Brasil (...) A pregação não caiu em solo fértil. Os deputados representavam os interesses da elite, à qual pertenciam e pela qual eram eleitos; e ela era majoritariamente formada por

latifundiários detentores de dezenas de milhares de escravos.
(REZZUTI, 2015).

Durante todo esse processo de renovação de mão de obra e o crescente movimento abolicionista no Brasil, os congressistas de tudo faziam para impedir essa queda da escravidão, pois não queriam prejuízos em dar salários para os trabalhadores, atrapalhando aprovações e iniciativas de projetos de lei e outras ações importantes para a nação neste contexto.

Dom Pedro I faltava implorar por mais ações por parte dos deputados, mas como sempre nada faziam, pois a abolição era contra os princípios políticos brasileiros:

Algum deputado da nossa Assembleia, daqueles que mais se interessam pela felicidade do Brasil, faça alguma indicação a este respeito, e que, tornando-a ela em consideração, hajam de acordar alguma medida ditada pela humanidade e justiça, a fim de nos fazer sair deste letargo em que há trezentos anos temos estado. (REZZUTI, 2015)

Essa briga pela abolição da escravidão continuaria ainda no Segundo Reinado de S.A.I.R. Dom Pedro II através de leis como “Lei Eusébio de Queiroz”, “A Lei do Ventre Livre”, esta última foi aprovada com a intenção de acabar gradativamente com a escravidão. E mesmo com a liberdade garantida, fazendeiros mantinham cativas essas crianças livres, pois sabiam que nada aconteceria em represália.

A posição de Pedro II era contrária a escravidão, mas de forma tímida “temia ferir os interesses da aristocracia rural que compunha a base do governo” (GOMES, 2013). Durante a regência, a Princesa Isabel assumiu a frente de batalha abolicionista e em Petrópolis, uma comissão de moradores e interessados no fim da escravidão, contribuíram financeiramente para comprar a liberdade dos cativos, e neste mesmo ato, dezenas de escravos seriam alforriados (ROCHA, 2008).

Assim disse Joaquim Nabuco em uma carta ao Barão de Penedo “Eu vejo a Monarquia em sério perigo e quase *doomed* (condenada) (...) A princesa Isabel tornou-se popular, mas as classes fogem dela e a lavoura está republicana” (NABUCO, 1949).

Nabuco, grande abolicionista, dizia que “em um país de instituições fracas como o Brasil, seria difícil construir uma democracia sólida como a americana apenas pela mudança do regime monárquico pelo republicano” (GOMES, 2013).

Princesa Isabel planejava indenizar os ex-escravos porém, não teve tempo, conforme carta de 11/08/1889 que se encontra no Museu Imperial em Petrópolis/RJ:

Fui informada por papai que me colocou a par da intenção e do envio dos fundos de seu Banco em forma de doação como indenização aos ex-escravos libertos em 13 de Maio do ano passado, e o sigilo que o Senhor pediu ao presidente do gabinete para não provocar maior reação violenta dos escravocratas. Deus nos proteja dos escravocratas e os militares saibam deste nosso negócio (MONARQUIA CONSTITUCIONAL, 2016).

Gilberto Maringoni registra quanto ao destino dos libertos sendo que “com a abundância de mão de obra imigrante, os ex-cativos acabaram por se constituir em um imenso exército industrial de reserva, descartável e sem força política alguma na jovem República” (MARINGONI, 2011).

3. A Queda - Questão Militar

Na questão militar, Oliveira Viana descreve como “cidadãos fardados” os militares que participavam e agitavam o ambiente militar com discursos políticos que aqueciam os ânimos em face dos descontentamentos da classe frente a algumas posturas do Governo:

Para esta excitação tão grande dos elementos militares contribuiu poderosamente a própria psicologia dos cidadãos fardados, que, como vimos, é essencialmente deflagrante; mas também concorreu, não menos poderosamente, a ação excitadora dos políticos civis. Estes, no fundo, sempre foram os grandes culpados das agitações militares em nossa pátria – e nas últimas agitações que antecederam e produziram a queda do Império, pode-se dizer que a parte que eles tiveram foi principal. (VIANA, 1925)

Com relação aos militares, foi um grave erro não respeitar a Constituição de 1824, deixando-se levarem às agitações as quais foram ainda coniventes os partidos políticos os que seriam severamente punidos na república atual:

Neste ponto, os dois velhos partidos imperiais, a que mais tarde se deviam juntar os elementos republicanos, são réus históricos desse mesmo crime comum, que, afinal, é um crime de lesa-patriotismo. (VIANA, 1925)

Após a Guerra do Paraguai o exército ganhou grande relevância após a dura vitória no front. Vieram da Europa soldados e oficiais novos empolgados com as ideias positivistas republicanas, eles queriam estar com maior evidência na política brasileira.

Visconde de Ouro Preto enumerou as arguições dos militares que fomentaram essa questão e na obra faz uma breve elucidação, quais sejam:

Nenhuma influencia do elemento militar no governo do paiz; Insufficiencia de soldo; Injustiças nas promoções; Foi preso durante 8 dias no estado maior do seu batalhão, por ordem do presidente do conselho e ministro da fazenda, um official subalterno do exercito; Foi demitido o diretor de uma escola militar bem do serviço publico; Teve ordem de embarcar para provincia longinqua um batalhão de infantaria que fazia parte da guarnição do Rio de Janeiro; Foi augmentado o corpo militar de policia da cidade do Rio de Janeiro, dando-se-lhe melhor armamento e Tractou o governo de organizar a guarda nacional na mesma cidade. (PRETO, 1891)

Por volta de 1880, Dom Pedro II já havia enfrentado a Igreja e os escravocratas, somando mais essa questão militar que conturbou ainda mais, todos queriam uma fatia de poder político, desrespeitando completamente a Constituição Imperial. Assim, como forma de reduzir os protestos, as manifestações envolvendo militares só poderiam ser feitas se aprovadas pelo Ministro da Guerra.

Assim deixou claro o Visconde de Ouro Preto:

Não se attendeu aos seus grandes serviços. Quaes? Os da guerra do Paraguay foram em tempo e devidamente remunerados. Os da expedição? Estes só podiam ser aquilatados, conhecido o que n'ella occorrêra. Para isso foi o general convidado a escrever um relatorio, que não chegou a apresentar. Quanto á nomeação para presidente da provincia de Matto Grosso de um official seu inimigo, expôr a arguição, é quanto basta para patentear a subversão completa de todos os principios que lavrava, não direi no exercito, mas em grande parte d'elle. (PRETO 1891)

O ápice da crise militar se deu no dia 14 de novembro de 1889, conforme informado pelo canal TVIMPERIAL:

Entretanto, no dia 14 um boato chega até Deodoro. Esse boato dizia que o presidente do conselho de ministro, o Primeiro Ministro do Império, Visconde de Ouro Preto, havia ordenado a prisão do marechal e a dissolução do exército que seria substituído pela Guarda Nacional. Em resposta, na noite do mesmo dia, as tropas se rebelaram. Ouro Preto se transfere para o arsenal da marinha e de onde despachou um telegrama para o Imperador, que se encontrava em Petrópolis avisando sobre a revolta. Na manhã de 15 de novembro, Ouro Preto parte para o quartel do Campo de Santana, onde iria organizar a resistência. Lá ele ordenou o marechal Floriano Peixoto que atacasse os revoltosos, mas o marechal falou que não (...) depois o marechal prendeu o Visconde (...) (TVIMPERIAL, 2017)

Segundo Sua Alteza Imperial e Real Dom Bertrand, em uma palestra no ano 1993:

(...) No dia 15 de novembro de 1889, Deodoro quando saiu do Campo de Santana não bradou “viva a república”, mas sim “viva Sua Majestade o Imperador”. O golpe de 15 de novembro não tinha em vista a derrubada da monarquia, mas sim

mudanças no Gabinete, a derrubada do Gabinete do Visconde de Ouro Preto, com o qual Deodoro e uma pequena facção de militares tinham algumas desavenças, segundo para os generais, especialistas na matéria me informaram seriam apenas no máximo de 20 a 25% estavam descontentes com a situação reinante(...). (TVIMPERIAL, 2017)

CONCLUSÃO

De tudo foi feito para garantir a perpetuação do regime republicano, onde não haveria o Poder Moderador pra equilibrar decisões e atos do governo para que não houvesse abusos políticos, assim ficou garantida a satisfação por completa dos que financiam partidos e campanhas políticas para terem interesses defendidos.

No primeiro ano de República, Deodoro da Fonseca passou a receber o dobro que a Família Imperial recebia, de 67 contos de Réis, foi para 120 contos de Réis por mês, conforme informação da Casa Imperial do Brasil. Em 67 anos de Império tivemos uma inflação média anual de apenas 1,58%, contra 10% nos primeiros 45 dias da República, 41% em 1890 e 50% em 1891.

Esse é um dos princípios republicanos, o mau uso do dinheiro público, enquanto Dom Pedro II dizia “*um vintém poupado, um vintém ganho*” e “*Despesas desnecessárias são um assalto à Nação*”, o interesse dos republicanos eram os reajustes que os mesmos achavam justos para eles mesmos, inclusive aos militares na época.

Ideias revolucionárias e liberais que têm origem em meio ao furor da agitação pública estrangeira é um perigo sério para uma sociedade com um governo estável, assim como as ideias liberais francesas seduziram o, ainda imaturo politicamente, brasileiro.

Essa encantação positivista que fundou a república logo caiu por terra após Deodoro da Fonseca se retirar do poder e Floriano Peixoto assumir, pois a primeira ditadura no Brasil estaria no auge e direitos foram negligenciados. A consulta popular para a forma de governo (Monarquia x República) deveria ter ocorrido no primeiro ano após o Golpe Republicano, porém ocorreu após mais de 100 anos de manipulação histórica e política pela república.

No final, a república nunca terá a estabilidade política como o Império tinha no auge, pois não há o Poder Moderador para equilibrar as ações e decisões de cada poder do Estado, isso não é absolutismo, e sim defender os interesses da nação independente da classe financeira, racial e de partidos ideológicos.

Referências Bibliográficas

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO, ALESP. Constituição de 1824, a única do Brasil Imperial. 2002. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/noticia/?id=294348>>. Acesso em: 28/02/2020.

ANDREGUETTI, Marcelo. **Os escravos loiros de olhos azuis da Europa** – 2016. Disponível em <<https://www.geledes.org.br/os-escravos-loiros-de-olhos-azuis-da-europa/>>. Acesso em 25/03/2020.

BUENO, José Antônio Pimenta (Marquês de São Vicente). **Direito Público Brasileiro e Analyse da Constituição do Império** – 1857. Senado Federal. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/185600>>. Acesso em: 04/03/2020.

BRASIL ESCOLA. Brasil República - **O Brasil tornou-se uma república em 15 de novembro de 1889**: Desde então existiram seis diferentes repúblicas na história do nosso país. Disponível em: <<https://brasilecola.uol.com.br/historiab/brasil-republica.htm>>. Acesso em: 15/02/2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **A História da Câmara dos Deputados**. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/a-camara/conheca/historia/a1republica.html>>. Acesso em: 02/03/2020.

CASA IMPERIAL DO BRASIL. **Constituição do Império do Brasil**. Disponível em: <<https://www.monarquia.org.br/PDFs/CONSTITUICAODOIMPERIO.pdf>>. Acesso em: 20/02/2020.

CASA IMPERIAL DO BRASIL. **Dom Luiz**. Disponível em: <<https://www.monarquia.org.br/domluiz.html>>. Acesso em: 02/04/2020.

EDUCABRAS. **O Primeiro Reinado no Brasil**. Disponível em:
< https://www.educabras.com/enem/materia/historia/historia_do_brasil/aulas/o_primeiro_reinado_no_brasil>. Acesso em:
27/02/2020.

FOLHA DE SÃO PAULO. Rei da Espanha dissolve o Parlamento e convoca novas eleições para junho. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2016/05/1767213-rei-da-espanha-dissolve-o-parlamento-e-convoca-novas-eleicoes-para-junho.shtml>>. Acesso em 27/02/2020.

GOMES, Laurentino. 1889 – Como um Imperador Cansado, um Marechal Vaidoso e um Professor Injustiçado Contribuíram para o fim da Monarquia e a Proclamação da República. 1ª edição. São Paulo: Globo Livro, 2013.

LYRA, Heitor. **História de Dom Pedro II** (Volume III): Declínio-1880-1891. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1940.

NABUCO, Joaquim. **Cartas aos Amigos**: Coligidas e Anotadas por Carolina Nabuco. São Paulo: Instituto Progresso Editorial, 1949.

MARINGONI, Gilberto. **O Destino dos Negros Após a Abolição**, 2011. Ano 8. Ed.70. Disponível em:<http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&id=2673%3Acatid%3D28&Itemid=23>. Acesso em: 02/04/2020.

MONARQUIA CONSTITUCIONAL. Princesa Isabel e a indenização para ex escravos que infelizmente nunca aconteceu, 2016. Disponível em: <https://monarquiaconstitucional.jusbrasil.com.br/artigos/370972747/princesa-isabel-e-a-indenizacao-para-ex-escravos-que-infelizmente-nunca-aconteceu>>. Acesso em: 02/04/2020.

PEREIRA, Merval. **Uma visão Crítica**. O Globo, 2016. Disponível em: <<https://blogs.oglobo.globo.com/merval-pereira/post/uma-visao-critica.html>>. Acesso em 27/02/2020.

PRETO, Visconde de Ouro. **Advento da dictadura militar no Brazil**. Paris: Imprimerie F. Pichon, 1891.

PRIORE, Mary Del. **Documentos Históricos do Brasil**. 1ªed. São Paulo: Panda Books, 2016.

RAMON, Edson José. **Direitos de Mais, Deveres de Menos**, 2017. Disponível em: < <https://www.gazetadopovo.com.br/opiniao/artigos/direitos-de-mais-deveres-de-menos-dz6znlppg9u0jysi-3t080kr9/>>. Acesso em: 02/04/2020.

ROCHA, Antonio Penalves. **Abolicionistas brasileiros e ingleses: A coligação entre Joaquim Nabuco e a British and Foreign Anti-Slavery Society (1880 -1902)**. São Paulo: Editora da Unesp, 2009.

SANTACRUZ, Lucia. **Censura na República Velha**. História da Imprensa no Brasil. 2016. Disponível em: <<https://historiaimprensabrasil.wordpress.com/2016/09/02/censura-na-republica-velha/>>. Acesso em: 28/02/2020.

SÓ HISTÓRIA. **História e Cultura Afro - Escravidão**. Disponível em <<http://www.sohistoria.com.br/ef2/culturaafro/p1.php>>. Acesso em 25/03/2020.

SOUZA, Paulino José Soares de (Visconde do Uruguay). **Ensaio Sobre o Direito Administrativo - 1862**. STF. Disponível em: <<https://sistemas.stf.jus.br/dspace/xmlui/handle/123456789/346>>. Acesso em: 04/03/2020.

TERCI, M.R. **O Império do Brasil e a Liberdade de Imprensa**. 2020. Disponível em: < <https://aventurasnahistoria.uol.com.br/noticias/reportagem/historia-coluna-o-imperio-do-brasil-e-liberdade-de-imprensa.phtml>>. Acesso em: 03/03/2020.

TORRES, João Camillo de Oliveira. **A Democracia Coroada: Teoria Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro: Ed. Livraria José Olympio, 1957.

TVBRASIL. **Um Olhar Sobre o Mundo – Volta da Monarquia**. 2018. (26m06s). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=jsixZmJkPLg>>. Acesso em 26/02/2020.

TVIMPERIAL. **#10 Fatos – Proclamação da República.** 2017. (11m34s). Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=FG66lJ243QI>>. Acesso em: 10/01/2020.

TVIMPERIAL. **Do Império para a República.** 2017. (59m20s). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=1La22e_zAkg>. Acesso em 29/02/2020.

VIANNA, Oliveira. **O Ocaso do Império.** (Coleção Afrânio Peixoto ; v. 75. História). 2006. Disponível em: <http://www.academia.org.br/sites/default/files/publicacoes_arquivos/o_ocaso_do_imperio_-_oliveira_viana_-_para_internet.pdf>. Acesso em: 26/02/2020.

ALCANCE E LIMITES DA REVISÃO JUDICIAL DAS DECISÕES PROFERIDAS EM PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Roselaine Andrade Tavares

1. Introdução

O presente trabalho apresenta uma discussão sobre as questões referentes ao Processo Administrativo Disciplinar (PAD) e a revisão judicial das suas decisões.

Quanto à sua elaboração, utilizar-se-á o método dedutivo de pesquisa com abordagem qualitativa, especialmente coletando dados por meio de material bibliográfico atinente ao tema em questão, tais como doutrinas nas áreas de Direito Administrativo e Administração Pública, apoiando-se ainda em artigos, dissertações e outros materiais científicos publicados na área, além da análise de leis e jurisprudência que contribuem para o seu desenvolvimento.

O intuito é, com base nesse material, apresentar os procedimentos atinentes ao Processo Administrativo Disciplinar – especialmente sua decisão final, a qual geralmente pune o servidor público que, no exercício de suas funções cometeu alguma falta grave – chegando à revisão judicial desta decisão, expondo quais são o alcance e os limites impostos ao Judiciário ao realizar esta revisão. Os principais autores que abordam o tema eleito e contribuem para o embasamento teórico deste trabalho são Hely Lopes Meirelles, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, dentre outros.

Ao final do trabalho pretende-se, depois de colhidos, analisados e sintetizados os dados e informações, conhecer os pontos importantes na atuação do juiz diante de uma decisão administrativa que pune o servidor público e descobrir o que esse “revisor” pode efetivamente fazer, qual é o âmbito e o limite de sua atuação.

Feitas estas considerações, passamos ao tema propriamente dito, trazendo primeiramente os conceitos importantes para o desenvolvimento deste trabalho.

1.1 Servidor Público

Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello afirma, servidores públicos “são aqueles que mantêm com o Estado e com as pessoas de Direito Público da Administração Indireta relação de trabalho de natureza profissional e caráter não eventual sob vínculo de dependência”. (2010, p. 230). Compreendem-se na espécie, servidores titulares de cargos públicos, servidores empregados ou particulares em colaboração com a Administração.

Em sentido amplo, no entender de Hely Lopes Meirelles (2010, p. 285), são todos os agentes públicos vinculados à Administração Pública, direta e indireta, do Estado, mediante regime jurídico estatutário regular, geral ou peculiar, ou administrativo especial, ou, ainda, celetista, o qual é regido pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, e que possui natureza profissional e empregatícia.

Para tornar-se um servidor público, conforme fixado no art. 37, inciso II da CF, é exigida aprovação prévia em concurso público para investidura no cargo, observando a classificação dos candidatos aprovados que serão nomeados na ordem de classificação, de acordo com o número de vagas existentes, para ocupar o cargo dentro do prazo de dois anos da validade do concurso, prorrogável, uma vez por igual período.

De acordo com o art. 39 da CF/88, compete à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituírem regimes jurídicos únicos e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas, garantindo assim tratamento isonômico entre os servidores públicos, submetendo-os aos mesmos direitos e obrigações perante a entidade a que servem.

Os direitos e deveres do servidor público estatutário estão elencados no Estatuto do servidor, observando também as normas consagradas na Constituição Federal (art. 37 a 42), bem como ressaltando ainda que não existe impedimento para que outros direitos sejam atribuídos pelas Constituições Estaduais ou em leis ordinárias dos Estados e Municípios.

Assim, considerando que o Estatuto do Servidor é “lei” para os servidores públicos, a mesma deve ser cumprida, inclusive no que se refere à aplicação de suas penalidades quando necessário, o que se dá por meio do Processo Administrativo Disciplinar.

1.2 Processo Administrativo Disciplinar

De acordo com Hely Lopes Meirelles, (2010, p. 315) processo administrativo disciplinar “é o meio de apuração e punição de faltas graves dos servidores públicos e demais pessoas sujeitas ao regime funcional de determinados estabelecimentos da Administração”.

“Suas normas e princípios decorrem da Constituição Federal, dos Estatutos dos Servidores, das Leis Orgânicas de categorias funcionais, dos princípios do Direito Administrativo e de orientação jurisprudencial, exercendo esta influência marcante na matéria”. (MEDAUAR, 2016, p. 153).

Na esfera federal o PAD é regulamentado pela Lei 9.784 de 29 de janeiro de 1999, assim como está disposto em Leis Estaduais o Regime Jurídico dos servidores públicos civis, lhes informando sobre seus direitos, deveres e punições, sendo a Lei 8.112 de 11 de dezembro de 1990, para servidores da União, autarquias e fundações públicas federais, e em Minas Gerais a Lei Estadual nº 869 de 05 de julho de 1952.

Os meios para se tomar ciência da existência de irregularidades ou ilícitos são variados, seja através de denúncia anônima, representação funcional, ou apresentada por particular ou pelo Ministério Público, etc.

O livro *Internal Corporate Investigations*, que trata da apuração de faltas cometidas por funcionários de empresas privadas, pode, a título de comparação, ser analogicamente analisado, com as devidas adaptações ao procedimento disciplinar do serviço público. Na referida obra os autores nos afirmam que:

These responsibilities should not be taken lightly. The SEC has not read the acts focus on gatekeepers as ending with inside counsel, but extending to those outside the company conducting internal investigations. SEC enforcement staff have spoken publicly of concern that lawyers hired to investigate signs of fraud may not have pursued investigations with sufficient vigor.

The reporting-up requirements, along with the SEC's vigorous oversight of those requirements, injects an interesting tension into the internal investigatory process: the an "appropriate response". The company, on the other hand, may want that investigator to finish the original investigation and make a report, with the additional allegations to be investigated thereafter, or by someone other than the outside investigator - for example, if the company views the additional allegations as less serious, it way wish to have them reviewed in-house instead of by the outside investigators. That outside investigator, however, may not be willing to close the original investigation until the "appropriate response" has run its course, or unless he or she can personally investigate the additional allegations. (BARRY, BRAD, LISA, 2017, p. 127)

Assim, a falta funcional é investigada com vigor e somente se encerra o inquérito quando se alcança uma resposta adequada.

Outro fato interessante é que, ao contrário do que acontece no Brasil, onde geralmente os próprios pares são responsáveis por conduzir o PAD, Mariana Katsue Sakai afirma em artigo de sua autoria, que "há nos Estados Unidos órgãos especializados na condução de processos disciplinares, Tribunais Administrativos e até Juízes Administrativos; isso em virtude da maior quantidade de tipos de processos disciplinares disponíveis à Administração".

Retornando ao Brasil, no âmbito dos servidores públicos civis federais, a Lei 9.784/99 estabelece as normas que regem a condução do PAD e no que se refere aos servidores do Estado de Minas Gerais, a Lei 869/52 as elenca, devendo todas serem fielmente observadas para que se realize o procedimento de acordo com o devido processo legal.

O que se questiona e critica, no entanto, é o fato de a conduta reprovável ser apurada e punida pelos próprios pares, não havendo uma comissão especializada (assim como nos EUA) e totalmente imparcial, com o que se evitaria o cometimento de casos de abusos e arbitrariedades contra o servidor, impedindo inclusive, que o PAD seja usado como instrumento de perseguição.

Além disso, os princípios administrativos da legalidade, impessoalidade, moralidade, devido processo legal, contraditório, ampla defesa... também norteiam a realização do Processo Administrativo Disciplinar.

E assim, após a comissão concluir a instrução do PAD, conforme dispõe o art. 49 da Lei 9.784/99, a Administração terá o prazo de 30 dias, prorrogável por igual período, para emitir a decisão final.

2. Decisões Administrativas

Ao final do PAD, restando provada, de maneira fundamentada, a falta funcional ou o ilícito cometido pelo servidor público, a autoridade competente, com base em todas as provas, documentos e parecer da comissão processante, irá aplicar a penalidade por meio de uma decisão administrativa motivada, o que tem que ser feito observando-se fielmente os princípios da administração pública elencados no caput do ar. 37 da CF.

De acordo com o art. 68 da Lei 9.784/99, as sanções a serem aplicadas pela autoridade competente terão natureza pecuniária ou consistirão em obrigação de fazer ou de não fazer, assegurado sempre o direito de defesa. A mais grave das sanções, de acordo com o art. 132 da Lei 8.112/90, é a demissão do servidor público, e poderá ser aplicada em casos de abandono de cargo, improbidade administrativa, corrupção, dentre outros.

A decisão proferida será publicada no Diário Oficial. E quando a infração estiver capitulada também como crime, a autoridade julgadora deve encaminhar cópia dos autos à autoridade policial ou ao Ministério Público, para as providências cabíveis (art. 233 da Lei Estadual nº 869/1952).

Da decisão administrativa cabe recurso, uma vez que a Constituição Federal prevê o duplo grau de jurisdição, não somente no art. 5º,

LV, como também no seu art. 93, III quando garante acesso aos tribunais de segundo grau.

Do mesmo modo, o art. 65 da Lei n.º 9.784/1999 prevê a possibilidade de revisão das decisões no âmbito do processo administrativo, nos seguintes termos: “Os processos administrativos de que resultem sanções poderão ser revistos, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada”. O parágrafo único complementa informando que da revisão do processo não poderá resultar agravamento da sanção.

Portanto, ao final do PAD, restando o servidor público penalizado insatisfeito com a decisão proferida, este pode recorrer ao Judiciário no intuito de rever tal decisão, desde que possua fatos novos ou alegue lesão a algum dos princípios constitucionais relacionados ao devido processo legal, como, por exemplo, o cerceamento de defesa, pois, conforme preconiza o art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988 (CF/88), “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, buscando dessa forma rever a situação que lhe incomoda, podendo, inclusive, reivindicar que se retorne ao *status quo ante*.

O servidor pode, inclusive, iniciar a revisão judicial mesmo antes de se esgotar a via administrativa, pois, conforme afirma José Armando da Costa, “a alternativa do controle externo de legalidade do ato disciplinar não está sujeita à prévia exaustão dos recursos internos, de modo que nada contraindica que possa o servidor punido, desde logo, optar pela via judicial”. (2005, p. 505)

3. Decisões judiciais

A jurisprudência nos demonstra que são cada vez mais frequentes os casos nos quais os servidores públicos penalizados buscam o Judiciário para rever as decisões proferidas no PAD.

Considerando que a decisão proferida no PAD é um ato administrativo, é, portanto, plenamente passível de revisão pelo Judiciário, tratando-se esta revisão do chamado controle de legalidade.

Essa revisão - ou controle externo do processo administrativo - é exercida com base na garantia constitucional do livre ingresso no Poder

Judiciário, insculpido no artigo 5º, XXXV da CF, protegendo o servidor de eventual lesão ou ameaça a direito, podendo o Judiciário anular qualquer decisão ilegal, desde que o interessado o provoque.

No que se refere aos atos irregulares praticados por servidores do Judiciário, o art. 103-B, § 4º, **inciso II** da Constituição Federal confere competência ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por servidores ou por órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei.

Ao analisar uma decisão administrativa, cabe ao juiz, observando certos pressupostos, proferir uma nova decisão, que poderá ratificar o que foi decidido no PAD ou reformar a decisão quando fundamentadamente se convencer de que houve algum vício, excesso ou irregularidade na decisão anteriormente proferida na esfera administrativa.

Veja-se os exemplos abaixo nos quais ora o juiz mantém a decisão, julgando improcedente o recurso:

TJ-SP - Apelação APL 00030999620128260053 SP 0003099-96.2012.8.26.0053 (TJ-SP) Data de publicação: 10/09/2015.
Ementa: ATOS ADMINISTRATIVOS PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR – Professor de Educação Básica II – Pena de demissão – Alegações de vício no processo administrativo, autoridade incompetente e de violação aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade - Inexistência de irregularidades do processo administrativo, com obediência aos princípios do contraditório e da ampla defesa – Secretário de Estado que é autoridade legalmente competente para aplicação da penalidade - Penalidade aplicada de maneira razoável e proporcional - Revisão do mérito do ato administrativo que culminou na demissão, o que é absolutamente infundado - Simples insatisfação do autor com o resultado do processo administrativo disciplinar – Sentença de improcedência confirmada. Recurso desprovido. (TJSP, 2015)

Como também pode rever a decisão apontando-lhe algum vício ou irregularidade:

STJ - MANDADO DE SEGURANÇA MS 12955 DF 2007/0158944-8 (STJ) Data de publicação: 19/05/2015. Ementa: ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PENA DE DEMISSÃO. INEXISTÊNCIA DE PROVA DA PRÁTICA DA INFRAÇÃO DISCIPLINAR. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE INOBSERVADO. SEGURANÇA CONCEBIDA. 1. Nos termos do parágrafo único do art. 168 da Lei n. 8.112/90, “quando o relatório da comissão contrariar as provas dos autos, a autoridade julgadora poderá, motivadamente, agravar a penalidade proposta, abrandá-la ou isentar o servidor de responsabilidade”. (...). Ausência de prova de que a impetrante agiu com o deliberado intuito de obter proveito em benefício próprio ou de terceiro, com infringência ao art. 117, IX, da Lei n. 8.112/90. (...) inexistindo prova inequívoca de que a impetrante se valeu do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, a ela não pode ser aplicada a pena de demissão, que se mostra desproporcional para um ato de desídia (art. 117, XV, da Lei n. 8.112/90). (STJ, 2015)

Desta forma, vislumbramos que o Judiciário tem competência para analisar e rever as decisões proferidas administrativamente e, no caso de processo administrativo disciplinar, cuja decisão seja pela demissão, a análise pelo Judiciário, no exercício do controle jurisdicional, se dá de forma ampla, podendo analisar a regularidade do procedimento (se houve nulidade ou não) com vistas a definir a adequação da sanção ao resultado final do PAD, tendo em vista que a demissão é penalidade extrema, bem como a comissão processante é passível de falhas.

4. Revisão ou Recurso das decisões?

Da leitura dos artigos 177 e 178 da Lei 8.112/90, depreende-se que o pedido de revisão no processo administrativo se diferencia das espécies de recursos judiciais por se tratar de processo autônomo (apenso ao processo originário), no qual haverá a necessidade de

constituição de nova comissão processante, preferencialmente com outros membros que não os da comissão processante anterior. Esta nova comissão poderá produzir outras provas e/ou reapreciar as que se encontrem nos autos.

Há doutrinadores que definem o pedido de revisão como um recurso administrativo, como por exemplo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que leciona o seguinte: “Revisão é o recurso administrativo pelo qual o interessado postula a reapreciação de determinada decisão, já proferida em processo administrativo”. (DI PIETRO, 2013, p. 187)

E podemos notar que não há unanimidade quanto a ser ou não a revisão administrativa um recurso propriamente dito, pois, como afirma a procuradora federal Luciana Chaves Freire Felix, “tal revisão não se trata de um recurso em si, mas, tão somente de um instrumento do qual os servidores lançam mão para reapreciar o processo, desde que preenchidos determinados pressupostos, quais sejam, surgimento de fatos novos ou circunstâncias relevantes que demonstrem a inadequação da sanção aplicada.

Complementando tal ponto de vista, assevera também Bruno de Souza Vichi:

Da forma como se apresenta a revisão na Lei n.º 9.784/99, percebe-se claramente que não se insere como modalidade de recurso administrativo. Com efeito, se o recurso se apresenta como instrumento de rediscussão de decisão de um dado processo administrativo, representando, portanto, um instrumento interno do processo à mão do administrado, a revisão é forma de reapreciação de processo em si, sobre o qual incidem fatos novos que possam interferir na decisão administrativa terminativa ou, ainda, sujeita a circunstâncias relevantes que possam interferir na sanção aplicada. (2004, p. 257)

Como visto, para realizar a revisão da decisão administrativa, exige-se a ocorrência de fatos novos ou circunstâncias que justifiquem a inadequação da penalidade aplicada, do mesmo modo que tal revisão é limitada a uma única vez:

STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA AgRg no RMS 29054 RS 2009/0044463-3 (STJ) Data de publicação: 26/08/2013 Ementa: AGRAVO REGIMENTO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. REVISÃO. ART. 249 DA LC Nº 10.098/94. 1. O rito do Mandado de Segurança demanda a comprovação *initio litis* dos fatos em que se funda o direito líquido e certo invocado pelo impetrante. 2. A teor do art. 249 da LC nº 10.098/94, **“o processo administrativo disciplinar poderá ser revisto uma única vez, a qualquer tempo ou ex officio, quando se aduzirem fatos novos ou circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência ou inadequação da penalidade aplicada.”** 3. A lei é clara ao limitar o pedido de revisão a uma única vez, cabendo ao postulando utilizar-se de juízo de valor para postulá-lo, efetivamente, quando existirem elementos aptos a possibilitar tal revisão. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, 2013, destacou-se)

Logo, para se realizar a revisão administrativa, é necessário o atendimento aos requisitos legalmente previstos. Observando ainda que por conta do princípio do *non reformatio in pejus*, a decisão da autoridade quanto ao pedido de reconsideração, “recurso” hierárquico ou revisão, não pode agravar a penalidade aplicada ao servidor (art. 65, § único, Lei 9.784/99). E, esgotados tais pedidos, ou ante a não utilização de nenhum deles, caberá ainda manejo de ação judicial por parte do interessado.

5. Alcance e limites do controle judicial

O controle jurisdicional, amplamente conhecido, recebeu grande influência da Constituição americana, especialmente do caso Marshall¹⁸, do *judicial review*; além de constar da Constituição da República

18 O Caso “Marbury contra Madison”, decidido em 1803 pela Suprema Corte dos Estados Unidos, é considerado o marco inicial do controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário. Na ocasião, Marshall foi nomeado presidente da Suprema Corte.

do Brasil, de 1891, e vir ganhando cada vez mais notoriedade com as especificidades contidas na CF/88.

Como sabiamente afirmou Montesquieu, ainda no século XVIII, “é preciso que *“le pouvoir arrête le pouvoir”* (que o poder detenha o poder), pois, temos a experiência eterna de que todo homem que tem em mãos o poder é sempre levado a abusar dele, e assim irá seguindo, até que encontre algum limite”. (2006, p. 123)

Ainda hoje são muito atuais as afirmações deste filósofo francês. E, voltando ao direito brasileiro, no que diz respeito à necessidade de se limitar e controlar os poderes detidos pela Administração Pública, percebemos que o Judiciário – o qual exerce o papel de guardião da Constituição e das leis de nosso País – se incumbem de realizar os diversos controles que podem ser exercidos sobre os atos ilegais e ilegítimos da Administração Pública. Ou seja, é o controle jurisdicional que pode e deve ser provocado pelos setores atuantes da sociedade, em busca do efetivo cumprimento e da plena realização do sistema de direitos, deveres e valores instituídos pela Constituição Federal.

O controle judicial constitui, juntamente com o princípio da legalidade, um dos fundamentos basilares do Estado Democrático de Direito e como afirma Di Pietro, “de nada adiantaria sujeitar-se a Administração Pública à Lei se seus atos não pudessem ser controlados por um órgão dotado de garantia de imparcialidade que permita apreciar e invalidar os atos ilícitos por ela praticados”. (2013, p. 324).

A autora continua nos informando o limite a que o Poder Judiciário está restrito ao apreciar as decisões administrativas: “Ao examinar os atos da Administração Pública, de qualquer natureza, sejam eles gerais, individuais, unilaterais, bilaterais, vinculados ou discricionários, mas sempre sob o aspecto da legalidade”, e agora, com a Constituição Federal de 1988, também sob o aspecto da moralidade (art. 5º, LXXIII e art. 37).

Ressaltando que o princípio da legalidade deve ser observado não apenas na esfera judicial, mas também, e principalmente, na esfera administrativa quando a comissão processante apura os fatos buscando definir se houve ou não falha por parte do servidor, para assim poder lhe aplicar, quando necessário, uma penalidade justa e equilibrada, evitando sanções desproporcionais e descabidas.

Miguel Seabra Fagundes vê o controle jurisdicional como limitador e como meio de contenção dos atos da Administração Pública face ao indivíduo ao afirmar que:

A finalidade essencial e característica do controle jurisdicional é a proteção do indivíduo em face da Administração Pública. Esta, como órgão ativo do Estado, tem frequentes oportunidades de contato com o indivíduo, nas quais lhe pode violar os direitos, por abuso ou erro na aplicação da lei. Tal sistema de controle é o meio prático de contê-la na ordem jurídica, de modo a assegurar ao indivíduo o pleno exercício dos seus direitos. (FAGUNDES, 1984, p. 198)

Por ser uma determinação constitucional, a doutrina brasileira é unânime em reconhecer e acolher a necessidade da revisão judicial dos atos administrativos, logo, não se questiona a possibilidade de controle de tais atos. No que se refere à análise ou não do mérito da decisão administrativa é que surge controvérsia:

A doutrina clássica garante que o controle judicial do ato administrativo está limitado, nos casos concretos, à questão da legalidade, não podendo o Poder Judiciário adentrar no mérito do ato administrativo”.

A título de exemplificação temos Maria Sylvia Zanella Di Pietro, afirmando que:

É defeso ao Poder Judiciário, controlar e analisar o mérito administrativo, ou seja: não poderá invadir a seara subjetiva garantida pelo ordenamento jurídico à Administração Pública, intervindo nos critérios da oportunidade e conveniência e, por conseguinte, na discricionariedade do ente público, que pode ser aplicada em determinados atos. A atuação judicial está adstrita, tão somente, à aferição de legalidade e moralidade. (DI PIETRO, 2013, p. 426)

Bem como também já decidiu o Superior Tribunal de Justiça – STJ que: “Compete ao Poder Judiciário apreciar a regularidade do procedimento disciplinar, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, sem, contudo, adentrar no

mérito administrativo” (STJ RMS nº 13.008/SP, rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJU de 02.02.2004, Seção I, p. 362).

Romeu Felipe Bacellar Filho afirma ainda que o mérito só existe nos atos administrativos discricionários, uma vez que nos atos vinculados o juízo de oportunidade já foi analisado e definido pelo legislador no momento da criação da lei e, portanto, não há espaço para uma avaliação de conveniência e oportunidade na prática do ato pelo Poder Judiciário. (2018, p. 73)

E recentemente Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo afirmaram que:

O controle judicial é ato realizado pelo Judiciário no desempenho da atividade jurisdicional, sobre os atos administrativos praticados pelo Executivo ou de atos administrativos editados pelo legislativo ou pelo próprio Judiciário. Este controle verifica exclusivamente a legalidade ou legitimidade dos atos administrativos, nunca o mérito administrativo, trata-se em regra de um controle posterior, corretivo, incidente sobre o ato já praticado. (2017, p. 1015)

E complementam ressaltando que pelo controle judicial, o Judiciário pode anular os atos administrativos, nunca os revogar, pois, a revogação decorreria de controle de mérito, o que não é admitido, de acordo com os referidos autores, os quais justificam tal ponto de vista com base no fato de “o juiz, voltado à atividade jurisdicional, distante da realidade administrativa, não poder substituir pela sua, a ótica do administrador, ou seja, substituir a avaliação de conveniência e oportunidade intrínsecas ao ato discricionário, podendo analisar-lhes somente a legalidade”. (ALEXANDRINO, PAULO, 2017, p. 1015/1016)

Portanto, não se aceitaria a interferência do Poder Judiciário no que diz respeito à conveniência e oportunidade do ato administrativo, não podendo o mérito do ato administrativo ser objeto de controle judicial, segundo os autores acima citados.

No entanto, em livro publicado no ano de 2019, Márcio Berto Alexandrino de Oliveira afirma categoricamente que o mérito deve sim ser analisado pelo Judiciário, veja-se:

A melhor doutrina e a jurisprudência têm admitido que o Judiciário realize o controle do mérito do ato administrativo, ao argumento de que o referido controle não viola o princípio da separação dos poderes porque o art. 5º, XXXV da CF infere que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Tal tese deve prevalecer na atual conjuntura jurídica haja vista que todos devemos obediência à lei, inclusive a Administração Pública. Portanto, o mérito do ato administrativo (conveniência e oportunidade) pode ser objeto de controle judicial porque somente com a análise do mérito poderá o Judiciário concluir se o ato praticado se deu em razão do interesse público ou se o interesse foi camuflado para beneficiar determinada pessoa. (...) todo ato administrativo, vinculado ou não, deve obediência à ordem jurídica, sob pena de o ato ser declarado nulo por violação às regras ou princípios constitucionais que norteiam a atividade administrativa. (OLIVEIRA, 2019, p. 61)

Referido autor ainda complementa sua tese defendendo que “tanto o ato administrativo vinculado quanto o ato discricionário encontram-se vinculados aos princípios fundamentais da Administração Pública, então, o mérito dos atos administrativos (ato discricionário) deve ser objeto de controle jurisdicional”. (OLIVEIRA, 2019, p. 62)

José de Ribamar Barreiros Soares, ao analisar o controle judicial das decisões administrativas, também defende o atingimento do mérito quando da análise da moralidade e da eficiência:

Não mais se pode conceber que o mérito do ato administrativo fique completamente fora de controle judicial, diante dos princípios da moralidade e eficiência insculpidos no art. 37 da Constituição. A Constituição de 1988 instituiu a moralidade e a eficiência como princípios autônomos. O ato administrativo, para que seja tomado como válido e eficaz, deve também se sujeitar aos princípios da boa administração. A fim de garantir o atendimento ao interesse e aos anseios da coletividade, bem como a obediência à lei por parte do administrador público e ao bem comum, os atos administrativos se subordinam ao controle do Poder Judiciário. (SOARES, 2009, p. 94)

E complementa o autor acima fazendo um paralelo com a chamada justiça administrativa:

O sistema de controle da administração pública, no Brasil, é o de uma jurisdição, em que os litígios envolvendo a administração são de competência dos tribunais comuns, e não de um Conselho de Estado. Todavia, com a expansão do controle dos atos administrativos, atingindo-se o mérito do ato administrativo, com a análise da moralidade e da eficiência administrativa pelo Poder Judiciário, o sistema brasileiro aproximou-se da justiça administrativa, com uma abrangência característica daquele, o que representa um avanço do Estado Democrático de Direito. (SOARES, 2009, p. 96)

Neste contexto, observa-se que a doutrina não é unânime quando se trata da análise do mérito do ato administrativo. Já a jurisprudência, conforme já mencionado neste trabalho, especialmente a do STJ, se mantém decidindo por não se analisar o mérito no que diz respeito especificamente às decisões proferidas no processo administrativo disciplinar.

A seguir, temos recente decisão reafirmando o limite imposto à revisão judicial do PAD:

AGRAVO INTERNO NO MANDADO DE SEGURANÇA MS 24045/DF; 2018/0018933-0 Ementa: ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR DA RECEITA FEDERAL. DESVIO DE CARGA DESTINADA À DESTRUIÇÃO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR (PAD). PENA DE DEMISSÃO. CONTROLE JURISDICIONAL DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. EXAME DA REGULARIDADE DO PROCEDIMENTO E DA LEGALIDADE DO ATO. IMPOSSIBILIDADE DE INCURSÃO DO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO. FUNDAMENTAÇÃO. PROPORCIONALIDADE. (STJ, 2019) MINISTRO BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/04/2019.

Assim, concluímos que a legalidade é o principal limite imposto à revisão judicial das decisões administrativas, e nos casos em que a lei não traçar seus exatos limites, estes podem ser balizados pelos princípios fundamentais. E, no que se refere ao controle jurisdicional do processo administrativo, o Judiciário está limitado ao exame da regularidade do procedimento, à observância dos princípios da legalidade e da moralidade, sendo inviável discutir acerca do próprio mérito administrativo.

6. Conclusão

Observamos, no decorrer deste trabalho, analisando Leis, doutrinas, jurisprudências, etc. que as decisões em processo administrativo disciplinar podem ser revistas pelo Judiciário, desde que respeitadas certas exigências, tais como surgimento de fato novo ou inadequação da penalidade aplicada.

Vimos que a apreciação pelo Judiciário destas decisões é feita de forma restrita, que o juiz tanto pode revogar a decisão, proferindo outra de maneira motivada e fundamentada, como também pode mantê-la, conforme o caso, observando sempre todos os requisitos e imposições legais e agindo em caso de vício ou irregularidade na decisão anterior, não interferindo no mérito ou nas provas.

Já quanto a análise do mérito do ato administrativo, vimos que a doutrina não é unânime quanto a sua possibilidade de análise ou não pelo Judiciário. Optamos por entender que fica a cargo do julgador definir quanto a esta análise, a depender do caso concreto e das circunstâncias peculiares que lhe permeiam.

7. Referências

ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 25 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2017

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 73

BARRY, F. MCNEIL and BRAD D. BRIAN. **Internal Corporate Investigations**. 4rd ed. Library of Congress. USA, 2017.

BRASIL, *Lei Ordinária n. 9.784* de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm>. Acesso em 28 jun. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 25 jun. 2019

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança: AgRg no RMS 29054 RS 2009/0044463-3. Relator Ministro José de Jesus Filho. Primeira Turma. Julgado em 24/04/1997. Disponível em <<https://www.stj.jus.br/jurisprudencia/24133667/agravo-regimental-no-recurso-em-mandado-de-seguranca-agrg-no-rms-29054-rs-2009-0044463-3-stj>>. Acesso em: 18 nov. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça STJ - Agravo Interno no Mandado de Segurança: MS 24.045 - DF 2018/0018933-0, Relator Ministro Benedito Gonçalves. Julgado em 19/11/2018. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?processo=2018%2F0018933=0-&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 02 ago. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça STJ - MS: 12955 DF 2007/0158944-8, Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz. Terceira Seção. Julgado em 13/05/2015. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/189898209/mandado-de-seguranca-ms-12955-df-2007-0158944-8/relatorio-e-voto-189898227?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 25 jun. 2019

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26^a ed. São Paulo: Atlas, 2013.

- FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1984.
- FELIX, Luciana Chaves Freire. **Alegações adicionais em processo administrativo**. Artigo eletrônico disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,da-revisao-em-processos-administrativos,47703.html>>. Acesso em 20 mar 2018
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MINAS GERAIS. *Lei estadual n. 869*, de 5 de julho de 1952. Dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Estado de Minas Gerais. Disponível em <<https://www.almg.gov.br/export/sites/default/consulte/legislacao/Downloads/pdfs/EstatutoServidor.pdf>>. Acesso em 12 mai. 2019.
- MONTESQUIEU, Charles. **Do Espírito das Leis**. Tradução: Roberto Leal Ferreira, São Paulo: Martin Claret, 2006.
- OLIVEIRA, Márcio Berto Alexandrino de; MALTA, Allan Dias Toledo; PEREIRA, Layon Nicolas Dias Pereira. **A Defesa do Agente Público na Ação de Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- SAKAI, Mariana Katsue. **Processo Administrativo Disciplinar: Enfoque no processo, procedimento, histórico e direito comparado**. Artigo eletrônico disponível em: <http://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/artigo_procedimento_disciplinar_-_direito_comparado_0.pdf> Acesso em: 22 fev. 2019
- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação cível n. 0003099-96.2012.8.26.0053, Desembargador Oscild de Lima Júnior, julgado em 27/08/15. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=8789315&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_39324c65d6d04e6697572786e4d36f55&v1Captcha=cwp&novoVICaptcha=>> Acesso em 20 jan. 2019.

SOARES, José de Ribamar Barreiros. **Evolução do controle da atividade administrativa pelos Tribunais**. Brasília: Revista de Informação Legislativa, a. 46 n. 184 out./dez. 2009; p. 93-103

VICHI, Bruno de Souza, In: FIGUEIREDO, Lucia Valle (coord.). **Comentários à lei federal do processo administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 257/258.

ATOS LESIVOS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NACIONAL OU ESTRANGEIRA PRATICADOS PELAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO E SEUS REFLEXOS NOS PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS E CONTRATOS APÓS A VIGÊNCIA DA LEI ANTICORRUPÇÃO

Juliana Borges Rezende

1. Considerações gerais da Lei 12.846/2013

Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira

Com o advento da Lei 12.846/2013 houve a ampliação da responsabilidade administrativa e civil das pessoas jurídicas nacionais e estrangeiras no tocante aos atos ilícitos praticados contra a Administração Pública.

Existem diversos diplomas legais no ordenamento jurídico que visam o combate a corrupção dos agentes públicos, tanto na esfera criminal quanto aos atos elencados na Lei de improbidade administrativa que possui natureza civil e política, porém para que houvesse a responsabilização das pessoas jurídicas de direito privado havia a necessidade

de ser comprovar a conduta dolosa ou culposa, assim, a partir da vigência da mencionada legislação as pessoas jurídicas de direito privada respondem de forma objetiva.

A mencionada lei irá abranger as seguintes pessoas jurídicas de direito privado: as sociedades empresárias e sociedades simples-personificadas ou não, as Fundações, as Associações, bem como as sociedades estrangeiras com sede, filial ou representação no território brasileiro.

Além disso, tanto as pessoas jurídicas que foram objeto de alteração contratual, fusão, transformação societária ou cisão estarão sujeitas às sanções previstas na Lei anticorrupção, bem como os respectivos dirigentes e administradores.

2.Requisitos da responsabilização das pessoas jurídicas.

Constata-se a alteração da natureza da responsabilidade das pessoas jurídicas, que passaram a responder de forma objetiva pelos atos danosos à Administração Pública, bastando que haja o ato lesivo (nos moldes do art.5^o), o dano, bem como o nexu causal entre a conduta e o resultado danoso.

A Doutrina majoritária prevê que serão sancionados os atos que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais.

Na esfera Administrativa, há a previsão de aplicação de multa no percentual de 01%(um décimo por cento) a 20%(vinte por cento) do faturamento bruto do exercício anterior, bem como a publicação extraordinária da decisão condenatória, de acordo com o art.6^o da Lei 12.846/2013, cabendo a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica da empresa quando houver abuso de direito para facilitar ou dissimular a prática de atos lesivos à Administração.

De acordo com o art. 8^o da mencionada lei: “A instauração e o julgamento de processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica cabem à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que agirá de ofício ou mediante provocação, observados o contraditório e a ampla defesa”.

§ 2º No âmbito do Poder Executivo federal, a Controladoria-Geral da União - CGU terá competência concorrente para instaurar processos administrativos de responsabilização de pessoas jurídicas ou para avocar os processos instaurados com fundamento nesta Lei, para exame de sua regularidade ou para corrigir-lhes o andamento.

Compete à Controladoria-Geral da União - CGU a apuração, o processo e o julgamento dos atos ilícitos previstos nesta Lei, praticados contra a administração pública estrangeira.

Caso haja omissão das autoridades competentes, caberá à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, por meio de suas Advocacias Públicas, impetrarem as respectivas ações de ressarcimento ao erário, podendo a decisão acarretar nas seguintes sanções (art.19): “perdimento de bens, diretos ou valores, suspensão ou interdição parcial de suas atividades; dissolução compulsória da pessoa jurídica; proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos”.

3. Análise preventiva dos atos danosos praticados pelas pessoas jurídicas durante o procedimento licitatório e a celebração contratual em face das disposições contidas do art.5º da Lei 12.846/2013.

Durante a realização do procedimento licitatório, tanto a Administração Pública quanto os licitantes estão atrelados a diversos princípios contidos na Lei 8.666/93, bem como na Constituição Federal, dentre eles os princípios da legalidade, da competitividade, da moralidade, da isonomia, do julgamento objeto, bem como às Leis Federais relativas ao pregão, bem como aos respectivos Decretos emanados pelo Poder Executivo.

Na prática, observa-se que o atendimento aos aludidos preceitos não constitui mera formalidade, mas impacta diretamente no planejamento orçamentário do Poder Executivo, já que as condutas ilícitas

acarretam superfaturamento dos preços dos produtos e serviços prestados pelas pessoas jurídicas à Administração Pública, bem como afeta diretamente o direito à livre concorrência e à concretização do princípio da economicidade em seu amplo aspecto-quantitativo e qualitativo.

Neste tópico, iremos abordar os atos danosos elencados pela Lei anticorrupção, em seu art. 5º e a respectiva correlação com os princípios e principais consequências advindas, vejamos:

De acordo com o art. 5º: “Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definido”.

Em relação aos procedimentos licitatórios e contratos públicos a nova legislação efetivou a ampliação e o detalhamento das condutas ilícitas cometidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, vejamos o rol elencado pelo art.5º e incisos:

IV - No tocante a licitações e contratos:

a) Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;

A pessoa jurídica ao realizar a mencionada conduta irá afrontar diretamente os princípios da competitividade, isonomia, economicidade, eficiência bem como do justo preço contidos na Lei nº14.167/2002-Dispõe sobre a adoção, no âmbito do Estado, do pregão como modalidade de licitação para a aquisição de bens e serviços comuns e dá outras providências.

Assim, a pessoa jurídica ao frustrar o caráter competitivo do certame impede o acesso às demais empresas concorrentes, acarretando, por vezes, o superfaturamento dos preços e serviços prestados, comprometendo-se a vantajosidade e eficiência da aquisição pelo gestor público.

b) Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;

Dentre as condutas tipificadas: impedir, perturbar ou fraudar a realização do procedimento licitatório, verifica-se a necessidade de capacitação e ampliação do acesso ao conhecimento das normas relativas ao certame, a fim de se prevenir tais condutas, já que não caberá aferição da natureza da conduta—dolosa ou culposa da empresa—responsabilidade objetiva, mas apenas dos Administradores e Diretores—responsabilidade subjetiva.

c) Afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;

A mencionada alínea também compromete o caráter competitivo do certame e a respectiva vantajosidade na aquisição do produto ou serviço.

d) Fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;

O licitante poderá se enquadrar no mencionado dispositivo quando tentar dissimular o conteúdo de um documento exigido na fase habilitatória, por exemplo, - apresentar um atestado de capacidade técnica ou operacional inidôneo ou inverídico.

Além disso, poderá ser declarado inidôneo e ficar impedido de participar de procedimentos licitatórios, conforme decisão da autoridade máxima do Órgão, pelo prazo de 5(cinco) anos, nos termos do art.12 da Lei 14.167/2002—Dispõe sobre a adoção, no âmbito do Estado, do pregão como modalidade de licitação para a aquisição de bens e serviços comuns e dá outras providências, e se for o caso, poderá ser descredenciado do Cadastro Geral de Fornecedores do Estado de Minas Gerais.

e) Criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;

Vislumbramos neste caso, o enquadramento criminal aliado às esferas administrativas e cível havendo afronta direta ao princípio

da moralidade contido no art.5^o da Lei 14.167/2002, em especial quanto ao dever de conduta pautado nos ditames da boa-fé e decoro, bem como aos princípios da economicidade e eficiência, já que a Administração Pública ao tomar ciência da irregularidade, deverá instaurar um processo administrativo punitivo e simultaneamente comunicar o Tribunal de Contas competente, bem como o Ministério Público.

A decisão proferida no processo administrativo punitivo, poderá acarretar a aplicação de multa, advertência, suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2(dois) anos. Sendo que, também caberá a rescisão unilateral do contato, ensejando prejuízos à prestação do serviço público prestado.

f) Obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou

Além das implicações criminais e afronta direta ao princípio da legalidade, contido no art.5^o da Lei 14.167/2002, a pessoa jurídica deverá ter ciência prévia das restrições contidas na lei 8.666/93 quanto às possibilidades de modificações e prorrogações contratuais, no instrumento contratual, bem como ao quantitativo apresentado na proposta.

g) Manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;

De acordo com a Constituição Federal, art.37, XXI, os contratados bem como a Administração Pública possuem o direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Assim, havendo alteração da álea econômica caberá o reequilíbrio econômico do contrato, tendo como marco inicial a apresentação da proposta, bem como a real apuração dos custos acrescidos, conforme apreciação da equipe técnica.

Logo, a conduta fraudulenta irá acarretar o superfaturamento dos preços e o conseqüente dano ao erário, enquadrando-se tanto nos ilícitos administrativos, cíveis e criminais.

CONCLUSÃO

Por todo exposto, o advento da Lei 12.846/2013- Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil das pessoas jurídicas de direito privado pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira, além ter alterado a natureza da responsabilidade das pessoas jurídicas de direito privado de subjetiva para objetiva, elencou as principais condutas ilícitas praticadas pelos licitantes e contratantes durante o certame e a vigência contratual.

Logo, o ordenamento jurídico possui mais um instrumento jurídico no combate à corrupção, ao superfaturamento, bem como à prestação dos serviços públicos de forma eficiente.

O dispositivo legal também permitiu o já conhecido acordo de leniência, que facilita a identificação de todos os envolvidos nas condutas ilícitas, bem como o detalhamento do modus operandi das condutas perpetradas durante o procedimento licitatório e a vigência contratual.

Ademais, verificou-se o trabalho conjunto entre as Corregedorias Gerais, as Procuradorias dos respectivos Órgãos, a atuação do Ministério Público competente, bem como dos Tribunais de Contas, todos alinhados para que a apuração das condutas ilícitas, bem como o respectivo ressarcimento ocorra de forma eficaz, tendo um caráter preventivo e repressivo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Assembleia Legislativa de Minas Gerais. Legislação Mineira, norma: Lei 14.167, de 10 de jan.de2002. “Disponível em: “;<<https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?num=14167&ano=2002&tipo=LEI>>. Acesso em : “ 17 de març.de 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos administrativos. 14. ed. Belo Horizonte: Dialética, 2010.

PIETRO, Maria Silva Zanella Di. *Direito Administrativo*. 31.ed. Rio-deJaneiro: Forense, 2018.

Vades Tecum Saraiva/obra coletiva da editora Saraiva com a colaboração de Lívia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha.-24.ed.atual.e ampl.-São Paulo: Saraiva, 2017.

VIEIRA VILELA, Danilo. *Direito econômico e financeiro*. 2.ed. Salvador: juspodivm, 2015.

(IN)EXISTÊNCIA DE PARECER VINCULANTE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Willian Alves de Souza

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem, como objetivo principal, demonstrar à comunidade jurídica a existência de uma crítica massiva e, acima de tudo, coerente, acerca do Parecer vinculante na Administração Pública.

Para o desenvolvimento desta pesquisa, optou-se pela utilização do método teórico e o método lógico-dedutivo de pesquisa bibliográfica em livros, legislação e Jurisprudência dos Tribunais Superiores. Dessa forma, o assunto será investigado de forma objetiva e prática através de leitura e estudo em variadas fontes de pesquisa, visando colher o maior número de informações possíveis para serem transmitidas de forma escrita no trabalho a ser desenvolvido.

Primeiramente, busca-se esclarecer que a Administração Pública exerce sua manifestação de vontade no mundo jurídico por três diferentes formas: pelos Atos Unilaterais, pelos Atos Bilaterais e pelos Atos Complexos. Os Atos Unilaterais são os Atos Administrativos, objeto de estudo neste trabalho, especialmente na análise de uma de suas espécies, que são os Atos Administrativos Enunciativos, dentro dos quais se destaca o Parecer.

Continuando, será demonstrado que os atos Administrativos se diferenciam dos demais atos da Administração por apresentarem certos

atributos e, a saber: presunção de veracidade e legitimidade, autoexecutoriedade e imperatividade, sendo este último atributo o mais importante para o estudo dos Pareceres.

Em seguida, prova-se que os Pareceres, em que pese caracterizem-se como Atos Administrativos, carecem do atributo da imperatividade. Além disso, parcela da Doutrina, a Lei e, inclusive o Supremo Tribunal Federal, apresentam três espécies de Pareceres: o Parecer facultativo, o Parecer obrigatório e o Parecer vinculante.

Por fim, será demonstrado que parte considerável da Doutrina critica a existência do Parecer vinculantes, no sentido de que o Parecer deve consubstanciar-se em uma opinião técnica, não podendo vincular a autoridade superior. Assim, demonstra-se que, se o Parecer nasce vinculante, ele não será Parecer, mas sim ato decisório.

Dessa forma, o leitor poderá entender, de forma clara e objetiva, que o Parecer vinculante, da forma como colocado por parte da Doutrina, não existe na seara administrativa, já que deve se pautar em um juízo de valor técnico de quem o formulou, não podendo se transmutar para ato decisório.

2. O ATO ADMINISTRATIVO COMO FORMA DE MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Administração Pública, no intuito de satisfazer o interesse público, precisa se relacionar com o mundo jurídico e, para tanto, deve manifestar sua vontade, podendo fazê-lo de três formas, quais sejam: através de um Ato Unilateral, e aqui tem-se os Atos Administrativos; através de um Ato Bilateral, representado pelos Contratos Administrativos, os quais são precedidos de licitação pública; e, por fim, através dos Atos Multilaterais, onde destacam-se os Atos Administrativos Complexos, como, p. ex., os Convênios.

Contudo, como o tema principal deste trabalho é o estudo do Parecer, será dada atenção, exclusivamente, ao Ato Unilateral, já que o Parecer é uma espécie de Ato Administrativo.

De forma simples, pode-se conceituar o Ato Administrativo como sendo uma manifestação unilateral de vontade realizada pela Administração

Pública para travar relações jurídicas com o objetivo de atender ao interesse público. Nesse sentido, Di Pietro (2014, p. 205) define o Ato Administrativo como “a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário”. Por sua vez, Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua o Ato Administrativo como:

(...): declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional. (MELLO, 2015, p. 393).

Com base nos conceitos doutrinários supracitados, infere-se que, de forma ampla, o Ato Administrativo é a manifestação de vontade relevante do Estado (Poder Executivo, Legislativo e Judiciário) ou de quem o represente (p. ex., Concessionárias e Permissionárias de Serviços Públicos) para criar, modificar ou extinguir direitos, com o objetivo de satisfazer o interesse público, estando sujeito ao regime jurídico público, sendo inferior e complementar à Lei e sujeitando-se a controle e revisão pelo Poder Judiciário.

3. A IMPERATIVIDADE COMO ATRIBUTO DO ATO ADMINISTRATIVO E SUAS EXCEÇÕES

Para que os Atos Administrativos possam se diferenciar dos demais atos do Poder Público e das atividades particulares regulamentadas pelo Direito, a Lei confere-lhe certos atributos, os quais enaltecem o Princípio da Supremacia do Interesse Público (CARVALHO, 2017).

A Doutrina é divergente sobre quais são os atributos do Ato Administrativo. De forma unânime, reconhece-se três atributos, a saber: presunção de veracidade e legitimidade, autoexecutoriedade e imperatividade. Porém, além dos três atributos listados, há ainda, na Doutrina, quem sustente a existência de outros atributos, como a exigibilidade e a tipicidade (CARVALHO, 2017).

No que tange à presunção de veracidade e legitimidade, presume-se que os Atos Administrativos são verdadeiros e conforme o Direito até que se prove o contrário, ou seja, trata-se de presunção relativa (*iuris tantum*), admitindo-se prova em contrário.

É a qualidade de todo e qualquer ato administrativo de ser tido como verdadeiro e conforme o Direito. Milita em seu favor uma presunção *iuris tantum* de legitimidade, decorrente do princípio da legalidade. Com efeito, se a Administração Pública só pode agir ou atuar se, como e quando a lei autoriza, há de se deduzir a presunção de legitimidade de seus atos, isto é, que se presumem verdadeiros e que se conformam com o Direito. Assim, pode-se dizer que os atos administrativos nascem com essa qualidade e nada mais se exige para a sua prevalência. (GASPARINI, 2003, p. 71).

Quanto à autoexecutoriedade, tem-se que a Administração Pública pode executar diretamente seus Atos e fazer cumprir suas determinações independentemente do Poder Judiciário, admitindo-se, inclusive, o uso da força, se necessário, sempre que haja autorização legal para tanto.

Das mais relevantes é a característica da autoexecutoriedade. Significa ela que o ato administrativo, tão logo praticado, pode ser imediatamente executado e seu objeto imediatamente alcançado. (...)

No direito privado, são raras as hipóteses em que se permite ao particular executar suas próprias decisões. No direito público, porém, é admitida a execução de ofício das decisões administrativas sem intervenção do Poder Judiciário, (...).

A autoexecutoriedade tem como fundamento jurídico a necessidade de salvaguardar com rapidez e eficiência o interesse público, o que não ocorreria se a cada momento tivesse que submeter suas decisões ao crivo do Judiciário. Além do mais, nada justificaria tal submissão, uma vez que assim como o Judiciário tem a seu cargo uma das funções estatais – a função ju-

risdicional –, a Administração também tem a incumbência de exercer função estatal – a função administrativa (CARVALHO FILHO, 2015, p. 123-124).

Por fim, a imperatividade é o atributo pelo qual os Atos Administrativos impõem obrigações a terceiros independentemente de sua concordância, desde que praticados dentro dos limites da Lei, ou seja, os Atos Administrativos são coercitivos, obrigatórios.

é a qualidade pela qual os atos administrativos se impõem a terceiros, independentemente de sua concordância. Decorre do que Renato Alessi chama de “poder extroverso”, que permite ao Poder Público editar provimentos que vão além da esfera jurídica do sujeito emitente, ou seja, que interferem na esfera jurídica de outras pessoas, constituindo-as unilateralmente em obrigações. (MELLO, 2015, p. 427).

Em razão da imperatividade, a Administração pode impor unilateralmente as suas determinações válidas, desde que dentro da legalidade, o que retrata a coercibilidade imprescindível ao cumprimento ou à execução de seus atos, sejam eles normativos, quando regulam determinada situação, ordinatórios, quando organizam a estrutura da Administração ou punitivos, quando aplicam penalidades. (MARINELA, 2015, p. 262).

Ocorre que nem todo Ato Administrativo tem imperatividade, ou seja, somente o Ato Administrativo que institua uma obrigação ou dever ao administrado torna-se coercitivo e obrigatório. Sendo assim, os Atos Negociais (que definem direitos e vantagens, como é o caso, p. ex., da permissão de uso e da concessão de licença para construir) e os Atos Enunciativos (p. ex., Pareceres e Certidões) não são imperativos, porém, nem por isso deixam de ser Atos Administrativos.

A imperatividade não existe em todos os atos administrativos, mas apenas naqueles que impõem obrigações; quando se trata de ato que confere direitos solicitados pelo administrado (como na licença, autorização, permissão, admissão) ou de ato apenas

enunciativo (certidão, atestado, parecer), esse atributo inexistente. (DI PIETRO, 2014, p. 209).

A partir de agora, a atenção se voltará aos Atos Administrativos Enunciativos, especialmente o Parecer, o qual, como exposto, carece do atributo da imperatividade, mas nem por isso deixa de ser considerado um Ato Administrativo.

4. O PARCER COMO ESPÉCIE DE ATO ADMINISTRATIVO ENUNCIATIVO

Para Meirelles (2016, p. 218), Atos Administrativos Enunciativos “são todos aqueles em que a Administração se limita a certificar ou a atestar um fato, ou emitir uma opinião sobre determinado assunto, sem se vincular ao seu enunciado”, ou seja, tem a finalidade de verificar e atestar uma situação de fato ocorrida que afeta a atuação do Poder Público ou, ainda, estabelecer opiniões e conclusões da Administração Pública.

Assim, como o Ato Enunciativo não institui obrigações ou deveres a terceiros, eles são exceções ao atributo da imperatividade dos Atos Administrativos.

As espécies mais conhecidas de Atos Administrativos considerados enunciativos são: Atestados, Certidões, Apostila ou Averbação e os Pareceres. Sendo assim, de agora em diante, o presente trabalho se concentrará no estudo dos Pareceres.

Segundo Di Pietro (2014, p. 241), “Parecer é o ato pelo qual os órgãos consultivos da Administração emitem opinião sobre assuntos técnicos ou jurídicos de sua competência”. No mesmo sentido, para Gasparini (2003, p. 87) Parecer “é a fórmula segundo a qual certo órgão ou agente consultivo expede, fundamentadamente, opinião técnica sobre matéria submetida à sua apreciação”.

A Doutrina, especialmente Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, divide os Pareceres em três espécies, a saber: Parecer facultativo, Parecer obrigatório e Parecer vinculantes.

O Parecer facultativo recebe essa nomenclatura porque é dispensável para a prática do ato, ficando a critério da Administração solicitá-lo

ou não (MELLO, 2015). Para Di Pietro (2014, p. 241-242), “o parecer é facultativo quando fica a critério da Administração solicitá-lo ou não, além de não ser vinculante para quem o solicitou. Se foi indicado como fundamento da decisão, passará a integrá-la, por corresponder à própria motivação do ato”.

consiste em opinião emitida por solicitação de órgão ativo ou de controle, sem que qualquer norma jurídica determine sua solicitação, como preliminar à emanação do ato que lhe é próprio. Por outro lado, fica a seu critério adotar, ou não, o pensamento do órgão consultivo. Consiste, destarte, em exercício de poder discricionário quanto ao pedido, e à efetivação do ato relativamente ao parecer. Este, portanto, externamente, não tem relevância jurídica, salvo se o ato a ele se reportar. (MELLO, 2010, p. 584).

Por sua vez, o Parecer obrigatório é aquele exigido pela Lei, ou seja, o Parecer integra o processo de formação do Ato Administrativo, de modo que sua ausência ofende o elemento formal, caracterizando-se um vício de legalidade. Para Mello (2015, p. 450), Pareceres obrigatórios “são aqueles que a autoridade está juridicamente adstrita a solicitar antes de decidir, mas, tanto quanto em relação aos anteriores, não está obrigada a seguir”.

consiste em opinião emitida por solicitação de órgão ativo ou de controle, em virtude de preceito normativo que prescreve sua solicitação, como preliminar à emanação do ato que lhe é próprio. Constituem a consulta e o parecer fases necessárias do procedimento administrativo. (MELLO, 2010, p. 584).

O parecer é obrigatório quando a lei o exige como pressuposto para a prática do ato final. A obrigatoriedade diz respeito à solicitação do parecer (o que não lhe imprime caráter vinculante). Por exemplo, uma lei que exija parecer jurídico sobre todos os recursos encaminhados ao Chefe do Executivo; embora haja obrigatoriedade de ser emitido o parecer sob pena de ilegalidade do ato final, ele não perde o seu caráter opinativo. Mas a

autoridade que não o acolher deverá motivar a sua decisão ou solicitar novo parecer, (...) (DI PIETRO, 2014, p. 242).

Por fim, o Parecer vinculante é aquele em que a Administração Pública está obrigada a solicitá-lo e, além disso, deve acatar suas conclusões invariavelmente, sendo que tal obrigatoriedade decorre de previsão legal. Nas lições de Gasparini (2003, p. 88), “nesses casos a autoridade competente para decidir não pode se afastar das conclusões do parecer, sob pena de nulidade”. Trata-se do caso em que a Administração é obrigada a solicitá-lo e a acatar a sua conclusão” (DI PIETRO, 2014, p. 242).

é o que a Administração Pública não só deve pedir ao órgão consultivo, como deve segui-lo ao praticar o ato ativo ou de controle. Encerra regime de exceção, e só se admite quando expressamente a lei ou o regulamento dispõem nesse sentido. O ato levado a efeito em desconformidade com o parecer se tem como nulo. (MELLO, 2010, p. 584).

Percebe-se que, no caso dos Pareceres obrigatórios, a autoridade competente para decidir deve solicitar sua feitura sob pena de o ato decisório ser nulo, porém, não está obrigada a obedecê-lo. Por sua vez, no Parecer Vinculante, tanto sua solicitação quanto sua obediência são obrigatórios, pois se o Parecer não for solicitado ou, se solicitado, não for obedecido, o ato decisório também será nulo.

A Lei que regula o Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Federal (Lei nº 9.784/1999) também reconheceu a existência de Parecer vinculante e não vinculante, conforme previsão dos §§ 1º e 2º do art. 42, *in verbis*:

Art. 42. Quando deva ser obrigatoriamente ouvido um órgão consultivo, o parecer deverá ser emitido no prazo máximo de quinze dias, salvo norma especial ou comprovada necessidade de maior prazo.

§ 1º Se um parecer obrigatório e vinculante deixar de ser emitido no prazo fixado, o processo não terá seguimento até a

respectiva apresentação, responsabilizando-se quem der causa ao atraso.

§ 2º Se um parecer obrigatório e não vinculante deixar de ser emitido no prazo fixado, o processo poderá ter prosseguimento e ser decidido com sua dispensa, sem prejuízo da responsabilidade de quem se omitiu no atendimento. (BRASIL, 1999). (*destacamos*)

No mesmo sentido, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942), alterada no ano de 2018 pela Lei nº 13.655, em seu art. 30, *caput* e parágrafo único, sugere que seja incentivado a adoção de Pareceres vinculantes, vejamos, *in verbis*:

Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.

Parágrafo único. Os instrumentos previstos no *caput* deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão. (BRASIL, 1942). (*destacamos*)

Inclusive, no que tange às espécies de Pareceres, o Plenário do STF, ao julgar o MS nº 24.631/DF, cuja decisão foi veiculada no Informativo nº 475, também entendeu pela existência das três espécies de Parecer supracitadas, vejamos:

Salientando, inicialmente, que a obrigatoriedade ou não da consulta tem influência decisiva na fixação da natureza do parecer, fez-se a distinção entre três hipóteses de consulta: 1) a facultativa, na qual a autoridade administrativa não se vincularia à consulta emitida; 2) a obrigatória, na qual a autoridade administrativa ficaria obrigada a realizar o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou não, podendo agir de forma diversa após emissão de novo parecer; e 3) a vinculante, na qual a lei estabeleceria a obrigação de “decidir à luz de parecer vinculante”, não podendo o administrador decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então,

não decidir. Ressaltou-se que, nesta última hipótese, haveria efetivo compartilhamento do poder administrativo de decisão, razão pela qual, em princípio, o parecerista poderia vir a ter que responder conjuntamente com o administrador, pois seria também administrador nesse caso. (STF, MS nº 24.631/DF, Plenário, Rel.: Min. Joaquim Barbosa, unânime, julg. em 09/08/2007, pub. DJe em 01/02/2008, veiculado no Informativo 475). (*destacamos*)

Em que pese a existência de Parecer vinculante ser defendida por parte da Doutrina, constar da Lei nº 9.784/1999 e do Decreto-Lei nº 4.657/1942 e, também, ter sido ratificado pelo Plenário do STF no julgamento do MS nº 24.631/DF, há que se considerar que outra parcela considerável da Doutrina crítica, de forma subsistente e lógica, a ideia de que tal Ato Administrativo Enunciativo, da forma como foi colocado, não existe na seara administrativa, conforme será trabalhado no capítulo a seguir.

5. CRÍTICA AO PARCER “VINCULANTE” EMITIDO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A primeira crítica que se faz ao Parecer vinculante relaciona-se ao atributo da imperatividade dos Atos Administrativos. Conforme já trabalhado, a imperatividade consiste na imposição de obrigações a terceiros independentemente de sua concordância, desde que se atue nos limites da Lei. Por conta disso, somente os Atos que instituem obrigações ou deveres a terceiros têm imperatividade, razão pela qual os Atos Enunciativos (p. ex., Pareceres) carecem de tal atributo. Então, como pode um Ato Administrativo Enunciativo, que não tem imperatividade, vincular a decisão de terceiros? Ora, somente o atributo da imperatividade tem o poder de obrigar terceiros a cumprir o Ato. Logo, se o Parecer não tem imperatividade, não pode vincular terceiros obrigando-os a cumpri-lo.

Outro ponto passível de crítica diz respeito à natureza jurídica do Parecer. Conforme já trabalhado acima, tanto Di Pietro quanto Gasparini definem o Parecer como sendo uma opinião técnica sobre

determinada matéria. Ora, opinião é diferente de decisão. Assim, se o Parecer vincula a autoridade superior para que decida conforme as ideias nele transcritas, tal Ato Administrativo deixa de ser Parecer (opinião), passando a ser Decisão. Nesse sentido, Gasparini (2003, p. 88) diz que “o parecer vinculante é no mínimo, estranho, pois se a autoridade competente para decidir há de observar suas conclusões, ele deixa de ser parecer, opinião, para ser decisão, (...)”.

Parecer jurídico, portanto, é uma opinião técnica dada em resposta a uma consulta, que vale pela qualidade de seu conteúdo, pela sua fundamentação, pelo seu poder de convencimento e pela respeitabilidade científica de seu signatário, mas que jamais deixa de ser uma opinião. Quem opina, sugere, aponta caminhos, indica uma solução, até induz uma decisão, mas não decide. (FERRAZ; DALLARI, 2001, p. 140-141).

No mesmo sentido, criticando o Parecer vinculante, José dos Santos Carvalho Filho assim escreve:

Refletindo um juízo de valor, uma opinião pessoal do parecerista, o parecer não vincula a autoridade que tem competência decisória, ou seja, aquela a quem cabe praticar o ato administrativo final. Trata-se de atos diversos – o parecer e o ato que o aprova ou rejeita. Como tais atos têm conteúdos antagônicos, o agente que opina nunca poderá ser o que decide.

(...)

Em nosso entender, porém, há um *desvio de qualificação jurídica* nesses atos: pareceres são atos opinativos, de modo que, se o opinamento do parecerista vincula outra autoridade, o conteúdo do ato é tipicamente *decisório*, e não meramente *opinitivo*, como é de sua natureza. Em suma: o parecerista acaba tendo a vestimenta de autoridade decisória, cabendo ao agente vinculado papel meramente secundário e subserviente à conclusão do parecerista. Cuida-se, pois, de esdrúxula inversão de *status* jurídico. (CARVALHO FILHO, 2015, p. 139).

Ainda, temos as lições de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, que também faz críticas à existência de Parecer vinculante, no sentido de que este não é Parecer, mas sim decisão, senão vejamos:

Em suma: (1) nenhuma lei poderia transformar a investidura de um agente jurídico com função advocatícia constitucional essencial à justiça, para atribuir-lhe funções administrativas extroversas incompatíveis com sua investidura e com seus inafastáveis requisitos de autonomia, como, tampouco, (2) nenhuma lei poderia desnaturar-lhe um ato próprio do controle de legalidade, característico de seu ministério, que é o Parecer jurídico – para transmutá-lo em mero ato de gestão administrativa” Decisão administrativa em relação ao parecer é sempre ato principal (parecer ato acessório). (MOREIRA NETO, 2008, p. 107)

Logo, percebe-se que o Parecer, por expressar a opinião pessoal de quem o formulou, não pode vincular a autoridade superior em sua decisão, sob pena de transformar-se, de simples Ato Administrativo Enunciativo, em ato decisório, ou seja, o parecerista passa a funcionar como se fosse a autoridade superior, porém, sem que a Lei tenha lhe dado tal *status*. Portanto, órgão consultivo não decide! Apenas emite uma opinião.

Com base nas lições doutrinárias supracitadas, pode-se dizer que os Ministros do Supremo Tribunal Federal, *data venia*, se equivocaram ao conceituar a “consulta (ou Parecer) vinculante” quando do julgamento do MS nº 24.631/DF já referenciado neste trabalho. Na referida decisão, consignou-se que “o administrador não pode decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir”. Nota-se que o primeiro equívoco acontece quando o STF diz que existe Parecer vinculante. Por sua vez, o segundo equívoco ocorre quando a Suprema Corte diz que, caso a autoridade superior não concorde com o Parecer, então ela pode deixar de decidir. Ora, sendo a autoridade superior um agente público, ela tem a obrigação de decidir, sob pena de desídia funcional, o que pode, inclusive, levar à sua demissão, além de tal omissão poder caracterizar o crime de prevaricação, previsto no art. 319 do Código Penal.

Além disso, ainda no julgamento do MS nº 24.631/DF, com todo respeito devido, percebe-se mais dois equívocos do STF ao dizer que, no caso do Parecer vinculante “haveria efetivo compartilhamento do poder administrativo de decisão, razão pela qual, em princípio, o parecerista poderia vir a ter que responder conjuntamente com o administrador, pois seria também administrador nesse caso”. Equivoca-se ao dizer que “haveria efetivo compartilhamento do poder administrativo de decisão” porque, se a autoridade superior não pode contrariar o Parecer “vinculante”, então ela não está decidindo, mas apenas seguindo uma orientação, uma vez que está “aprisionada” à opinião do parecerista, razão pela qual não há compartilhamento do poder de decisão, pois a decisão, aqui, é a própria opinião do Parecer. O segundo equívoco ocorre ao mencionar que “o parecerista poderia vir a ter que responder conjuntamente com o administrador, pois seria também administrador nesse caso”. Ora, o parecerista não é administrador, nem nesse caso e em nenhum outro caso. O parecerista é apenas parecerista, ele recebe uma contraprestação da Administração Pública para emitir sua opinião técnica, e não para decidir.

Então, com base no que até aqui foi trabalhado, percebe-se que o Parecer é exarado como forma de expressar a opinião pessoal do órgão consultivo que o formulou, não podendo funcionar como ato decisório.

Porém, pode acontecer de o Parecer esgotar, de maneira profunda e minuciosa, o tratamento sobre determinada questão, de forma que a autoridade superior acate suas considerações e pretenda estendê-las para as demais hipóteses idênticas que vierem a acontecer na Administração, passando a representar uma orientação geral. Para que isso ocorra, o Parecer precisa ser aprovado pela autoridade superior e, mediante Ato Administrativo próprio (geralmente Decreto), será transformado em Parecer Normativo.

Nota-se que, nesse caso, ao se transformar em Parecer Normativo, a opinião exarada no Parecer passa a ser vinculante para todas as demais situações semelhantes que ocorrerem na Administração Pública. Mas isso ocorre não por força Parecer propriamente dito, mas por causa do Ato Administrativo (Decreto) da autoridade superior que decidiu transformar aquela opinião em orientação geral, ou seja, o Pa-

recer não nasce vinculante, ele se torna vinculante em razão de um Ato da autoridade superior. Tal situação pode ser observada no §1º do art. 40 da Lei Complementar nº 73/1993, que instituiu a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União, *in verbis*:

Art. 40. Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República.

§ 1º. O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento. (BRASIL, 1993). (*destacamos*)

Observa-se que o Parecer somente vincula a Administração Pública Federal quando aprovado e publicado juntamente com o Despacho presidencial. Então, não é o Parecer que vincula, mas sim o Despacho presidencial que o aprova.

Sendo assim, o Parecer não nasce com imperatividade, mas ganha imperatividade a partir de quando ele passa a ser um Parecer Normativo, ou seja, o Parecer não nasce vinculante, mas ele pode se tornar vinculante, desde que a autoridade superior assim entenda e queira. Logo, conclui-se que o Parecer que nasce vinculante não é Parecer, é Decisão.

6. CONCLUSÃO

No que tange a questão da existência do Parecer vinculante, objeto de estudo deste trabalho, percebe-se que o tema passa por caminhos certa vez tormentosos, pois é colocado pela Doutrina como espécie de Parecer, foi considerado pelo STF e consta na Legislação. Porém, outra parcela considerável da Doutrina tece críticas inteligentes e substanciais contra essa espécie de Parecer.

Em que pese o Ato Administrativo contar com o atributo da Imperatividade, tem-se o Parecer como exceção, pois ele não tem imperatividade, mas mesmo assim é considerado um Ato Administrativo.

Então, por faltar ao Parecer o atributo da imperatividade, conclui-se que não existe Parecer vinculante. Parecer é a exposição de opinião

técnica sobre determinado assunto, que pode ser seguida ou não, ou seja, não tem imperatividade (poder de imposição à terceiros independentemente de sua concordância). Assim, se o Parecer não tem imperatividade, ele não tem como vincular terceiros.

Nesse sentido, ao dizer que o Parecer vincula a autoridade superior, não podendo decidir de forma diversa do seu conteúdo, tal Ato Administrativo não é Parecer (opinião técnica), mas sim ato decisório.

Com isso, tem-se que o Parecer não nasce vinculante, ou seja, não existe Parecer vinculante. Contudo, o Parecer pode se tornar vinculante para outras situações idênticas, desde que a autoridade superior o transforme em Parecer Normativo através de outro Ato Administrativo (p. ex., Decreto). Assim o Parecer será vinculante não por ser Parecer, mas porque a autoridade superior assim entendeu e quis, praticando um Ato Administrativo que o elevou ao *status* de orientação geral.

7. REFERÊNCIAS

BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Brasília, DF: Presidência da República, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 20 mar. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro*. Brasília, DF: Presidência da República, 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm>. Acesso em: 20 mar. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. *Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal*. Brasília, DF: Presidência da República, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm>. Acesso em: 20 mar. 2020.

BRASIL. Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. *Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências*. Brasília, DF: Presidência da República, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp73.htm>. Acesso em: 20 mar. 2020.

- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson de Abreu. *Processo administrativo*. São Paulo. Malheiros, 2001.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 4. ed. Niterói: Impeplus, 2011.
- MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *A responsabilidade do advogado do Estado*. Revista de Direito da Procuradoria Geral. Rio de Janeiro: Centro de Estudos Jurídicos (CEJUR), 2008, v. 63.
- STF, MS nº 24.631/DF, Plenário, Rel.: Min. Joaquim Barbosa, unânime, julg. em 09/08/2007, pub. DJe em 01/02/2008, veiculado no Informativo 475. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo475.htm#Parecer%20Jur%C3%ADdico%20e%20Responsabiliza%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 20 mar. 2020.

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO E A PARTICIPAÇÃO DA COMUNIDADE NO DESENVOLVIMENTO DO MUNICÍPIO

Camila Cristina Bicalho Teixeira

Gustavo Henrique Borges de Oliveira

Adriano da Silva Ribeiro

1 INTRODUÇÃO

Este artigo propõe reflexão a respeito da constitucionalização do direito, com o objetivo de demonstrar a efetiva participação da sociedade no processo administrativo brasileiro, inseridos na Lei n. 9.784/99 (BRASIL, 1999), especialmente no desenvolvimento do município.

Registre-se que a escolha do tema a ser comentado se justifica também pela aplicabilidade, a partir do ano de 2001, dos princípios previstos no Estatuto da Cidade (Lei Federal n.º 10.257/01) a fortalecer as pessoas que vivem na comunidade. Além disso, esse Estatuto da Cidade estabelece processo amplamente participativo da população e de associações representativas dos vários segmentos sociais e econômicos durante a implementação de normas e diretrizes relativas ao desenvolvimento urbano.

Nesse artigo pretende-se apresentar um breve estudo sobre a constitucionalização do direito administrativo. Buscar-se-á compreender a legitimidade democrática da administração, bem como a

participação dos administrados no processo administrativo. Examinar-se-á a interlocução entre a sociedade e o poder público, por meio das audiências públicas.

Para alcançar o objetivo e o desenvolvimento do artigo, o método utilizado será o dedutivo, com base na pesquisa e na revisão bibliográfica, além dos textos constitucionais e legais.

Por fim, este artigo será estrutura partindo-se, inicialmente, da constitucionalização do direito administrativo. A seguir, far-se-á uma breve definição de processo e procedimento no âmbito do direito administrativo. Em prosseguimento, examinar-se-á a participação cidadã na tomada de decisões administrativas, por meio do processo, consistente na interlocução comunitária, prevista no Estatuto da Cidade (BRASIL, 2001). Nas conclusões, procurar-se-á sintetizar o estado atual do tema.

2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Registre-se, inicialmente, que a Constituição da República (BRASIL, 1988) inovou ao inserir no texto constitucional as bases da Administração Pública, referência comum a todos os poderes e aos entes federativos. O processo de constitucionalização das normas da Administração Pública está previsto no Título III – da Organização do Estado e no capítulo VII – da Administração Pública. Mas, há sentido sistemático que atravessa diversos capítulos e estabelece normas que incidem sobre a Administração Pública, a permitir que esteja associada aos temas relativos à Ordem Econômica, à proteção de Direitos Fundamentais, ao Controle Orçamentário, à Democrática participativa, ao Meio Ambiente (BORTOLI; GARCIA, 2019).

Nesse sentido, afirma Luís Roberto Barroso que a Constituição da República (BRASIL, 1988) traz expressamente e de forma exaustiva normas sobre Administração Pública, servidores públicos, inclusive regime de aposentadoria, responsabilidade civil do Estado, separa a função administrativa da atividade de governo e traz expressamente os princípios do direito administrativo da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e por último o princípio da eficiência, intro-

duzido pela Emenda Constitucional nº 19, de 4.06.98 (BARROSO, 2010, p. 375).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro lembra que:

O direito administrativo nasceu junto com o constitucionalismo. O princípio da legalidade nasceu junto com o princípio da separação de poderes, o princípio da isonomia, o princípio da justicialidade (que exige o controle judicial dos atos estatais). [...] É na Constituição que se encontram os fundamentos dos principais institutos do direito administrativo (DI PIETRO, 2010, p. 169).

As normas da Administração Pública foram elevadas à condição de garantias individuais dos administrados em face do Poder Público, com a finalidade de limitação do arbítrio estatal, obrigando-a ponderar entre a liberdade e autoridade, diante de princípios e metas constitucionais, sendo que a acepção do princípio da legalidade não abarca somente a lei formal, mas todo o arcabouço jurídico (FALDINI, 2010, p. 265).

Portanto, como consequência da constitucionalização do direito administrativo, o gestor público encontra-se vinculado não apenas à lei *stricto sensu*, mas, diretamente, às normas constitucionais, em caráter não só formal, mas, principalmente substancial (CADERMARTORI; OLIVEIRA, 2016, p. 174), devendo utilizar as formas de interpretação acima elencadas a fim de conferir à aplicação da norma legal a máxima justeza às normas da Constituição da República (BRASIL, 1988).

Importante registrar o lado positivo dessa constitucionalização, qual seja, o estabelecimento da ordem de valores que devem ser considerados na atuação administrativa, que servem de parâmetro e limite para o controle de sua atuação, representando instrumento de combate à corrupção e arbitrariedade as quais está sujeita a Administração Pública (CADERMARTORI; OLIVEIRA, 2016, p. 174).

Carolina Pereira Barreto pontua que “a constitucionalização do direito administrativo trouxe a submissão do administrador público ao direito, e não apenas à lei formal, através da aplicação de normas, princípios e valores constitucionais” (BARRETO, 2012, p. 109).

Rafael Oliveira afirma que a “constitucionalização do direito administrativo se propõe a manter o constante diálogo entre essa disciplina e o Direito Constitucional, verificando uma verdadeira revolução copernicana do Direito”, pois a “Constituição passa a ocupar definitivamente o centro do ordenamento jurídico e os demais ramos do direito circulam ao seu redor”, por isso devem ser interpretados e aplicados a luz da Constituição” (OLIVEIRA, 2010, p. 32).

Delineado o significado da constitucionalização do direito administrativo, a fim de compreender a participação cidadã na Administração Pública, cabe, na próxima parte deste artigo, perquirir acerca da legitimidade democrática da administração.

2 A RELEITURA DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA ADMINISTRAÇÃO

O enfoque da constitucionalização visto no capítulo anterior, e, por conseguinte, do processo administrativo no âmbito da administração pública, perpassa pela compreensão do que seja a legitimidade democrática da administração, com destaque para os instrumentos de participação dos cidadãos na tomada de decisões.

Convém acrescentar que a ideia de legitimidade do direito administrativo está ligada ao princípio do estado democrático de direito, pois, além de exigir o respeito aos direitos fundamentais, está relacionado com a democratização da atuação administrativa (OLIVEIRA, 2010, P. 111).

Nesse contexto, registre-se que, antes vista como inimiga do cidadão, a administração pública, passa a atuar como parceira na efetivação dos direitos fundamentais, ocorrendo uma aproximação do estado com a sociedade, evitando o uso da coerção e prestigiando a participação dos administrados nas decisões políticas, afirma Carolina Pereira Barreto. Com efeito, “democratizar um Estado significa dizer que a sua atuação deve corresponder à vontade do povo” (BARRETO, 2012, p. 10).

Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, ocorre a passagem da “administração impositiva” para uma “administração cidadã”, situando a consensualidade administrativa como um aspecto no processo de

constitucionalização da administração pública (MOREIRA NETO, 2005, p. 11-13).

A legitimação da atuação estatal, sustenta Rafael Oliveira, por meio da participação popular ganha suporte filosófico através da teoria de democracia deliberativa de Habermas na qual defende a teoria discursiva procedimental em que os cidadãos devem participar do processo de criação do direito, que no âmbito da administração pública corresponde à decisão administrativa, não podendo ser realizado apenas através da força (OLIVEIRA, 2010, p. 114).

Para Habermas “são válidas as normas às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais” (HABERMAS, 2003, p. 114). Diferente da democracia representativa, onde a decisão pública se resume à vontade da maioria representada no político eleito, como se verifica nos tempos clássicos (BARRETO, 2012, p. 10). Para Rafael Oliveira, “para haver legitimidade é fundamental o processo comunicativo entre o Estado e a população, onde as pessoas diretamente atingidas devem ser ouvidas através de um discurso racional”, pelo que “os próprios participantes institucionalizariam os pressupostos comunicativos e os procedimentos para a formação da vontade política, devendo ser garantida a comunicação dos atingidos e a sua participação” (OLIVEIRA, 2010, p. 115).

De acordo com Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

É através da participação, como requisito inarredável da democracia material que se satisfaz a condição de legitimidade indispensável aos processos de produção e de aplicação de normas deslegalizadas, uma vez que ocorrida a deslegalização, aquela condição já não mais poderá ser satisfeita pela legitimação representativa, própria da democracia indireta (MORREIRA NETO, 2005, p. 08).

Registre-se, por oportuno, que o direito administrativo passa por significativas mutações geradas pelas modificações da sociedade e do próprio Estado, pois em tempos de globalização, as noções de instituições administrativas precisam se adequar aos anseios sociais modernos, o que não poderia se conceber é uma disciplina do direito adminis-

trativo imutável em relação às transformações do Estado e do direito constitucional (MEDAUAR, 2011, p. 15; BARRETO, 2012, p. 11).

Estabelecidos esses conceitos, e à luz da legitimidade democrática da administração, revela compreender, no ordenamento jurídico brasileiro, como funciona a participação dos cidadãos.

3 PROCESSO ADMINISTRATIVO E O ESTATUTO DA CIDADE

Viu-se na primeira parte deste artigo, a constitucionalização do direito administrativo, a partir da Constituição da República. Na sequência, a ideia de legitimidade democrática da administração no estado democrático de direito.

Interessa compreender, neste item, a atuação do cidadão nas decisões administrativas, por meio do processo administrativo com a participação popular na administração pública.

3.1 O PROCESSO ADMINISTRATIVO SENDO DIREITO FUNDAMENTAL NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

No conceito de Romeu Felipe Bacellar Filho, o processo administrativo é “qualificado pela participação dos interessados em contraditório, imposto diante da circunstância de se tratar de procedimentos celebrados em preparação a algum provimento, (...) apto a interferir na esfera jurídica das pessoas” (BACELLAR FILHO, 2013, p. 49-50).

A Constituição da República, quanto à expressão processo administrativo, apresenta os seguintes dispositivos: 1) o inciso LV do art. 5º: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”; 2) o inciso LXXII do art. 5º: “Conceder-se-á habeas data ... b) para retificação de dados quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso judicial ou administrativo”; 3) o inciso LXXVIII do art. 5º: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”; 4) inciso XXI do art. 37: “Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços,

compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública...”; 5) o §1º do art. 41 : “O servidor público estável só perderá o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa” (BRASIL, 1988).

O procedimento administrativo, para José dos Santos Carvalho Filho “é a sequência de atividades da Administração, interligadas entre si, que visa a alcançar determinado efeito final previsto em lei” (CARVALHO FILHO, 2016, p. 157). Trata-se, portanto, de atividade contínua, não instantânea, em que os atos e operações se colocam em ordenada sucessão com a proposta de chegar-se a um fim predefinido.

Egon Bockmann Moreira define o processo administrativo como “relação jurídica dinâmica, coordenada por normas que estabelecem vínculo de segundo grau entre os sujeitos que dele participam”. Portanto, de acordo com o autor, embora se constitua uma realidade autônoma, o processo administrativo está conectado ao “sistema jurídico de direito positivo, tal qual como consignado na Constituição da República” (MOREIRA, 2010, p. 63-64).

3.2 AUDIÊNCIA PÚBLICA: DIRETRIZES DA LEI N 9.784/99

A Lei n. 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito federal, apresenta em seu conteúdo dois instrumentos de interlocução comunitária. Estão disciplinados no capítulo X, referente à instrução do processo administrativo, nos artigos 31 (consulta pública) ao 35 (audiência pública) (BRASIL, 1999).

Quanto à utilização desses instrumentos, Irene Patrícia Nohara defende que é “uma forma de reação à sociedade de massas [...], pois propicia meios de superar a alienação imposta por um sistema que, via de regra, não incentiva que os integrantes da sociedade se preocupem em dar uma contribuição maior em nome de um todo orgânico” (NOHARA, 2011, p. 85).

Neste estudo, destaca-se somente a audiência pública. O referido art. 35 assim prevê: “Quando necessária à instrução do processo,

a audiência de outros órgãos ou entidades administrativas poderá ser realizada em reunião conjunta, com a participação de titulares ou representantes dos órgãos competentes, lavrando-se a respectiva ata, a ser juntada aos autos” (BRASIL, 1999).

Por sua pertinência, colaciona-se o ensinamento de Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari:

Agustín Cordillo (Tratado de Derecho Administrativo, t. II, pp. XI-15) destaca a importância e se estende sobre o tema a realização de audiência pública, apresentando como princípios próprios desse instituto o devido processo, a oralidade, a publicidade e o informalismo, destacando que não deve haver excessivo rigor no seu desenvolvimento, para não comprometer a criatividade dos participantes diante de assuntos novos.

[...] a audiência pública depende de prévia publicidade de sua realização, com dados precisos sobre o assunto a ser discutido, o local e horário, os participantes convidados, o rito a ser desenvolvido etc.; e o seu bom desenvolvimento requer um mínimo de ordem para que ela seja viável e produtiva, devendo ser levada a efeito por meio da intensa participação oral, mas deve ter seu resumo consignado em ata, para comprovação perene do que foi dito e decidido (FERRAZ; DALLARI, 2002, p. 143-144).

Nesse sentido, o funcionamento da audiência pública envolve debate oral entre os administrados e a Administração. O art. 32 da lei assim determina: “antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo” (BRASIL, 1999). Cumpre registrar que o preceito do art. 32, da Lei n. 9.784/99, para Arnaldo Esteves Lima, “ancora-se no princípio da publicidade, do interesse público (art. 37 da CF c/c seu 2º), bem como no próprio art. 1º da CR, que institui o Estado Democrático de Direito como valor essencial da República Federativa do Brasil” (LIMA, 2014, p. 87).

Ressalta-se que, mesmo não havendo obrigatoriedade na convocação de audiência pública, e ausência de vinculação pela Administra-

ção, os resultados da audiência pública deverão ser apresentados, com indicação do procedimento adotado, nos termos do artigo 34: “os resultados da consulta e audiência pública e de outros meios de participação de administrados deverão ser apresentados com a indicação do procedimento adotado” (BRASIL, 1999). É importante os interessados terem o conhecimento dos resultados e dos meios utilizados para obtê-los, pois, segundo Arnaldo Esteves Lima: “Dessa forma, poderão aferir a sua legalidade e legitimidade, possibilitando-lhes, se for o caso, defender, inclusive judicialmente, eventuais direitos lesados ou ameaçados – art. 5º, XXXV, da CF” (LIMA, 2014, p. 88).

Nesse contexto de organização da audiência pública, Irene Patrícia Nohara salienta:

é importante que as autoridades que organizam a audiência pública sejam previamente instruídas a não a direcionarem ou controlarem de forma a distorcer a participação dos diversos segmentos sociais ou, dito na terminologia empregada por Habermas, a ação comunicativa, objetivo maior, contrapõe-se a ação estratégica, sendo esta regida pela lógica da dominação, em que os atores coordenam seus planos no sentido de influenciar, independentemente do assentimento dos envolvidos (NOHARA, 2011, p. 85).

Os instrumentos de participação popular presentes na lei federal de processo administrativo, afirma Ana Paula Dutra Borges, “são hábeis a garantir a legitimidade do agir administrativo, tendentes a diminuir condutas que visem interesses meramente particulares e escusos no âmbito da Administração Pública” (BORGES, 2019).

3.3 O ESTATUTO DA CIDADE E A PARTICIPAÇÃO POPULAR

No que se refere à política de desenvolvimento urbano, a ser gerenciada pelos Municípios, verifica-se, no caso, o respeito e o cumprimento dos artigos 29, inciso XII, 37, 182, §1º, 225, §1º, incisos III e IV, da Constituição da República (BRASIL, 1988).

Anote-se que o Estatuto da Cidade estabelece um processo amplamente participativo da população e de associações representativas dos vários segmentos sociais e econômicos durante a implementação de normas e diretrizes relativas ao desenvolvimento urbano (BRASIL, 2001). Portanto, nesse Estatuto da Cidade, há exigência da participação popular das comunidades interessadas no processo de criação da norma de política urbana das cidades, como as audiências públicas, a consulta popular, gestão orçamentária participativa e outros meios utilizados como forma de concretização da democracia e de garantia do controle direto das atividades, através do pleno exercício da cidadania (BRASIL, 2001).

Art. 2º. A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

[...]

II – gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano;

[...] (BRASIL, 2001).

Por conseguinte, verifica-se que os dispositivos transcritos acima determinam a participação popular, na criação e na alteração do Plano Diretor, indo ao encontro do *caput* e do parágrafo único, do artigo 1º, da Constituição da República, que explicita a República Federativa do Brasil como Estado Democrático de Direito, em que o povo tem acesso ao processo de formação da vontade estatal (BRASIL, 1988).

Ao tecer considerações sobre a importância da soberania popular, Maricelma Rita Meleiro assevera:

A afirmação de que o princípio democrático não pode atuar sem a presença da soberania popular se faz atualmente mais consistente com a concepção básica de que a formação da vontade estatal não se faz apenas com a atuação dos represen-

tantes do povo democraticamente eleitos. Mais, a participação direta dos cidadãos é colocada na Constituição atual como uma das formas de realização da soberania popular. A democracia passa da atuação mediata do povo, para a promoção de comportamento imediato, evoluindo para o que se conveniou denominar de “democracia participativa” (MELEIRO, 1999, p. 86).

Nesse contexto, o zoneamento urbano consentâneo aos ditames constitucionais e às diretrizes da política urbana, previstas no Estatuto da Cidade, deve ser definido por meio das leis do plano diretor, do parcelamento, do uso e ocupação do solo, pelos códigos de obras e de posturas e pela lei ambiental, formando um arcabouço de normas basilares do planejamento municipal que repercute de modo direto na vida dos munícipes (BRASIL, 2001).

Além disso, todo e qualquer regramento relativo ao uso e ocupação do solo, seja geral ou individualizado (autorização para parcelamento, através de loteamento ou desmembramento, em lotes urbanos com área mínima de 360 metros quadrados), deve levar em consideração a cidade em sua dimensão integral, dentro de um sistema de ordenamento urbanístico, razão pela qual a exigência de planejamento e estudos técnicos.

Importante lembrar que o mencionado art. 182, da Constituição da República disciplina a política de desenvolvimento urbano, a ser executada pelo Poder Público municipal (BRASIL, 1988). O inciso VIII, do art. 30, da Constituição da República, prevê, ainda, a competência dos Municípios para “*promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento, e da ocupação do solo urbano*”(BRASIL, 1988).

Torna-se, pois, imprescindível à participação da comunidade, tanto na elaboração de tais leis quanto na determinação das diretrizes desse zoneamento.

Assim, mostra-se impreterível a realização de audiências públicas para discussão dos pontos polêmicos do projeto de lei que visa estabelecer ou modificar o ordenamento municipal.

Nesse mesmo sentido, preleciona José Nilo de Castro:

Não se afasta da idéia e do conceito da ação pública o planejamento. Respeitante, no particular, ao Município, prevê o artigo 29, XII, Constituição Federal, como princípio básico a se inserir na Lei Orgânica do Municipal, a ‘cooperação das associações representativas no planejamento municipal’.

Extraí-se aqui a presença do novo princípio do estado Democrático de Direito (art. 1º, CR). O princípio da cooperação da participação é o princípio da solidariedade. O plano diretor qualifica-se como ancoradouro instrumental da participação e da solidariedade no espaço urbano.

Prestigia-se normativamente a colaboração com os particulares. É a grande mensagem da atual Constituição, que, por várias vezes, refere-se à participação (arts. 1º, 23, parágrafo único, 29, XII, 174, 194, 195 e 198, III), sendo que, na legislação infraconstitucional, destaca-se, também, este princípio (art. 3º, da Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e o Decreto-lei n.º 200/67, art. 10, § 1º, ‘b’) (CASTRO, 2001, p. 398).

Assim é que, cada Município recebeu a determinação, via Estatuto da Cidade, para, no planejamento municipal, ter a participação da comunidade, por meio das audiências públicas para discussão dos pontos.

Feitas as considerações acima, conclui-se que, a partir do Estatuto da Cidade, os Municípios foram incentivados a convidar a população para participar das decisões que envolvam a política urbana, justamente por ser a principal destinatária dos atos do Chefe do Poder Executivo.

CONCLUSÃO

A construção deste estudo se iniciou com a compreensão da constitucionalização do direito administrativo, a partir da Constituição da República de 1988, que inovou ao inserir no texto constitucional as bases da Administração Pública.

Com a promulgação da Constituição da República de 1988, as normas da Administração Pública foram elevadas à condição de garantias individuais dos administrados em face do Poder Público. Fixou-se

que a legitimidade do direito administrativo está ligada ao princípio do estado democrático de direito.

Ademais, a atuação do cidadão nas decisões administrativas, por meio do processo administrativo com a participação popular na administração pública.

Constatou-se que a audiência pública é importante para o modelo de processo administrativo democrático, especialmente a partir do Estatuto da Cidade, a exigir ampla participação da população e de associações representativas. Assim é que, cada Município recebeu a determinação, via Estatuto da Cidade, para, no planejamento municipal, ter a participação da comunidade, por meio das audiências públicas para discussão dos pontos. Portanto, concretiza a legitimidade das decisões administrativas.

REFERÊNCIAS

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARRETO, Carolina Pereira. A Constitucionalização do Direito Administrativo: os princípios processuais constitucionais no processo administrativo. *In*: Ubirajara Coelho Neto (Org.). **Temas de Direito Constitucional**: Estudos em Homenagem ao Prof.º Osório de Araújo Ramos Filho. Aracaju, SE: Ubirajara Coelho Neto Editor, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010

BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **A Constitucionalização do Direito**: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BORGES, Ana Paula Dutra. Processo Administrativo e Participação Popular: consulta pública, audiência pública e conselhos de gestão

- de políticas públicas. **Revista Jurídica Direito & Realidade**. Disponível em: <http://www.fucamp.edu.br/editora/index.php/direito-realidade/article/view/362/273>. Acesso em: 11 mar. 2020.
- BORTOLI, Adriano de. GARCIA, Marcos Leite. **Constitucionalizações do direito administrativo brasileiro**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a4786eb-72c071a03>. Acesso em: 16 mar. 2020.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Org. Juarez de Oliveira. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BRASIL. **LEI no 10.257, de 10 de julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm. Acesso em 09 mar. 2020.
- CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; OLIVEIRA, Vitória Cristina. Constitucionalização do Direito Administrativo e a Sindicabilidade do Ato Discricionário. **REI - Revista Estudos Institucionais**, [S.l.], v. 2, n. 1, p. 168-191, jul. 2016. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/38>. Acesso em: 10 mar. 2020.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- CASTRO, Róbison Gonçalves de; GOMES, Marcelo Barros; FERREIRA, Hellen Rosa. **Administração Pública Contemporânea**. Brasília: Faculdade UnYleYa, 2017.
- CASTRO, José Nilo de. **Direito Municipal Positivo**. 5 ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- CLEVE, Clemerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo**. 2 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2000.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Da Constitucionalização do Direito Administrativo: Reflexos sobre o Princípio da Legalidade e

- a Discricionariedade Administrativa. *In*: Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Carlos Vinícius Alves Ribeiro (Orgs.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.
- FALDINI, Cristiana Corrêa Conde. A Constitucionalização do Direito Administrativo. *In*: Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Carlos Vinícius Alves Ribeiro (Orgs.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.
- FERRAZ, Sérgio. DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2002.
- FREITAS, Sérgio Henrique Zandona. **A impostergável reconstrução Principiológico-Constitucional do Processo Administrativo Disciplinar no Brasil**. 2014. Tese (Doutorado em Direito Processual). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014.
- FREITAS, Sérgio Henriques Zandona; ALMEIDA, L. S. . **Reconstrução principiológico-constitucional do processo administrativo disciplinar no Brasil**. *In*: CONPEDI. (Org.). Reconstrução principiológico-constitucional do processo administrativo disciplinar no Brasil. Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 400-420, v.1.
- FREITAS, Sérgio Henriques Zandona *et al* . Processo administrativo: abordagem pelo processo constitucional no Estado Democrático de Direito. **Revista Jurídica / Cadernos Jurídicos do IMPD (Instituto Mineiro de Direito Processual)**, p. 1, 2012, v.1.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- LIMA, Arnaldo Esteves. **O processo administrativo no âmbito da administração pública federal**: lei n. 9.784 de 29/01/199. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

MARIA, Thaís Campos. **Conceitos jurídicos indeterminados no Direito Administrativo e a (ir)racionalidade das decisões do processo administrativo disciplinar**. 2017. Dissertação (Mestrado em Instituições Sociais, Direito e Democracia) – Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, Universidade FUMEC, Belo Horizonte, 2017. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/pdmd/article/view/6746/3287>. Acesso em: 25 fev. 2020.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 15. ed. rev. atual. e amp. . São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1993.

MELEIRO, Maricelma Rita. Princípio da democracia participativa e o plano diretor. *In: Temas de direito urbanístico*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado: Ministério Público do Estado de São Paulo, 1999.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999**. 4^a ed. atualizada, revista e aumentada. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do direito administrativo: novas considerações (avaliação e controle das transformações). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 02, junho/julho/agosto, 2005. Disponível em: <http://www.direito-doestado.com/revista/rere.asp>. Acesso em: 15 fev. 2020.

NOHARA, Irene Patrícia. Participação popular no processo administrativo: consulta, audiência pública e outros meios de interlocução comunitária na gestão democrática dos interesses públicos. *In: NOHARA, Irene Patrícia. MORAES FILHO, Marco Antônio Praxedes de. (Coord.). Processo Administrativo: temas polêmicos da Lei nº9.784/99*. São Paulo: Atlas, 2011.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 8 ed. Rio de Janeiro: Método, 2020.

- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Constitucionalização do direito administrativo**: o princípio da juridicidade, a reeleitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras. 2. ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- RIBEIRO, Adriano da Silva; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. Processo administrativo e os princípios constitucionais processuais à luz do código de processo civil. *In*: IOCOHAMA, Celso Hiroshi; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. (Org.). **Processo, jurisdição e efetividade da justiça II**. Florianópolis: CONPEDI, 2019, v. 1, p. 9-27.
- RIBEIRO, Adriano da Silva; MENEZES, Gláucia M. **A Constitucionalização do Processo Administrativo na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. 2019. (Apresentação de Trabalho/Congresso) CONPEDI Belém.
- SILVA, Cristiana Maria Fortini Pinto; PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho; CAMARÃO, Tatiana Martins da Costa. **Processo Administrativo**: comentários à Lei nº 9.784/1999. Belo Horizonte: Forum, 2008.
- SOBRINHO, Deborah Farah. **Direito Administrativo Municipal**. Brasília: Faculdade UnYleYa, 2017.

FEDERALISMO FISCAL: UMA ANÁLISE SOBRE O FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS

Lucienne Michelle Treguer Cwikler Szajnbok

Introdução

No contexto do federalismo fiscal, muito se discute acerca da importância, da efetividade e da necessidade das transferências governamentais, incluindo-se, nesse escopo, o Fundo de Participação dos Municípios.

Sendo assim, visa o presente trabalho analisar a atuação do Fundo de Participação dos Municípios, no âmbito do federalismo fiscal brasileiro, buscando oferecer uma visão crítica acerca da sua eficácia na busca do desenvolvimento nacional.

Para tal finalidade, no item 1, será demonstrada a relação entre Estado, Constituição e federalismo fiscal, bem como a evolução histórica do federalismo no Brasil e alguns elementos informadores do federalismo fiscal cooperativo.

Em seguida, o item 2 enfocará o Fundo de Participação dos Municípios, elencando a legislação aplicável e oferecendo um detalhamento da sua configuração atual.

O item 3, por sua vez, se centrará na avaliação crítica do Fundo de Participação dos Municípios, discorrendo sobre os seus pontos positivos e negativos, o que possibilitará, ao final, que se ofereça um panorama geral do tema de pesquisa proposto.

Por derradeiro, convém destacar que, para alcançar a finalidade proposta, o presente estudo adotou o método sistêmico aberto, desenvolvido por Karl Ludwig von Bertalanffy e, nesse contexto, analisou a interação entre diferentes elementos e suas trocas com o ambiente.

Além disso, o trabalho foi desenvolvido mediante pesquisa bibliográfica, com consulta à doutrina nacional e estrangeira, além de periódicos das áreas jurídica e econômica.

1. Estado, Constituição e Federalismo Fiscal

De início e antes que se traga ao debate a discussão atinente ao Fundo de Participação dos Municípios (FPM), convém dedicar algumas linhas, ainda que breves, ao Estado, precipuamente ao Estado federal, modelo este adotado pelo Brasil e que expressivos e impactantes reflexos traz na distribuição de competências e na repartição de receitas tributárias.

Partindo-se da noção de que o Estado se constitui em “uma associação humana (povo), radicada em base espacial (território), que vive sob o comando de uma autoridade (poder) não sujeita a qualquer outra (soberana)” (FERREIRA FILHO, 1994, p. 39), é possível afirmar que esse mesmo Estado pode assumir tanto a forma unitária, quanto a forma federativa.

O Estado unitário tem como principal característica a concentração das decisões em um poder central, sendo certo que os chamados Estados unitários descentralizados, como modalidade mais usual, admitem a descentralização administrativa, legislativa e política, mas sempre submetida ao pálio de um poder central.

Diversamente, no Estado Federal, o poder central coexiste com o poder federado que emana das unidades ou entidades subnacionais. Ou como aponta Regis Fernandes de Oliveira (2019, p. 85), o Estado Federal corresponde a um Estado descentralizado, no qual uma Constituição rígida atribui competências políticas, administrativas e tributárias aos Estados federados.

Outro ponto a destacar se refere à autonomia atribuída aos entes membros da Federação que, assinala-se, não se confunde com soberania, pois enquanto os entes subnacionais (União, Estados, Distrito Federal e Municípios, no caso brasileiro) usufruem de autonomia, o

que lhes permite agir com autodeterminação e exercer determinadas competências, a depender daquilo que constitucionalmente é definido, a soberania, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, na forma do artigo 1º, inciso I, da Constituição da República (BRASIL, 1988), diz respeito ao poder supremo de uma nação, ao poder do Estado nacional, inclusive sob a esfera de representação internacional, não passível, portanto, de delegação ou descentralização.

Nessa senda, cabe asseverar que

a forma federativa de Estado procura conciliar o respeito à diversidade de cada entidade política com elementos de unidade indispensáveis à preservação da soberania e da integridade nacionais. Existe, assim, um poder nacional (que é a soma do poder federal com o federado), um poder federal (titularizado pela União, ente federativo central) e um poder federado (que no caso brasileiro é exercido por Estados-membros e, em ampla medida, também pelos Municípios). (BARROSO, 2018, p. 210)

Ademais, observe-se que todo sistema federativo tem a sua estruturação no texto constitucional, responsável por estipular a separação de poderes e estabelecer as instituições centrais, as regras de resolução de disputas e o seu procedimento de alteração, sem deixar de mencionar que alguns textos constitucionais ainda prescrevem os procedimentos aplicáveis às unidades constituintes. (TARR, 2009, p. 95).

Aliás, a adoção do modelo federativo no Brasil se deu por ocasião da Proclamação da República, mediante a edição do Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889 (BRASIL, 1889), pois, até então, durante o Brasil imperial, vigorara o modelo de Estado unitário descentralizado. A esse respeito, confira-se a redação dos artigos 1º e 2º do citado normativo:

Art. 1º - **Fica proclamada** provisoriamente e decretada como a forma de governo da Nação brasileira - **a República Federativa**.

Art. 2º - As Províncias do Brasil, reunidas pelo **laço da Federação**, ficam constituindo os Estados Unidos do Brasil. (BRASIL, 1889)

(grifos nossos)

O modelo federativo foi igualmente albergado por todas as Constituições brasileiras, incluindo-se a atual (BRASIL, 1988) que, em seu artigo 1º, informa que o Brasil é uma República Federativa constituída pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e Distrito Federal.

A forma federativa do Estado brasileiro, erigida à condição de cláusula pétrea, é indissolúvel, estando a sua supressão taxativamente vedada pelo atual texto constitucional (BRASIL, 1988), na forma do artigo 60, §4º, inciso I.

No mais, importante pontuar a dificuldade de se encontrar, ao longo da história e considerando-se as diferentes nações, uma uniformidade ou homogeneidade quanto às características do Estado Federal. Melhor elucidando, evidenciam-se claras diferenças nos modelos federativos existentes, quer se considere o critério espacial (na comparação de um Estado a outro), quer se considere o critério temporal (ao longo do tempo e em diferentes épocas). Por essa razão, não é incomum deparar-se com Estados que optam por um modelo federativo mais centralizado, ao passo que outros adotam modelos federativos amplamente descentralizados, sendo possível ainda vislumbrar uma ampla gama de nuances entre esses dois modelos.

Acerca da diferenciação entre os modelos federativos, José Murilo de Carvalho (1996, p. 34) acentua que

o federalismo, em diferentes países, tem respondido a diversas necessidades e demandas. Pode constituir um meio para evitar a fragmentação do país; quiçá seja um instrumento para preservar antigas liberdades locais; talvez seja um modo de evitar a excessiva concentração de poder; pode ser um mecanismo para proteger privilégios de oligarquias locais e assim sucessivamente. Em um mesmo país, em diferentes fases históricas, pode desempenhar diversos papéis.¹⁹

19 Tradução nossa do original: El federalismo, en diferentes países, ha respondido a diversas necesidades y demandas. Puede constituir un medio para evitar la fragmentación del país; quizá sea un instrumento para preservar antiguas libertades locales; tal vez sea un modo de evitar la excesiva concentración del poder; puede ser un mecanismo para proteger privilegios de oligarquías locales, y así sucesivamente. En un mismo país, en diferentes fases históricas, puede desempeñar diversos papeles.

No caso brasileiro, note-se que o federalismo passou por diversas fases, ora com poder mais centralizado, ora com poder mais descentralizado.

Assim é que, de 1890 a 1930, o federalismo no Brasil, sob forte influência do federalismo norte-americano, se caracterizou pela descentralização fiscal e administrativa; em seguida, no período de 1930 a 1945, o federalismo brasileiro foi marcadamente centralizador, restaurando o governo central à posição de protagonismo; durante os anos de 1945 e 1964, vicejou o federalismo cooperativo; entre 1964 e 1985, o federalismo retomou o caráter nitidamente centralizador e, por fim, a partir de 1985, com o retorno da democracia, e mais especificamente com o advento da Constituição de 1988, observou-se um favorecimento de Estados e Municípios em detrimento do governo federal, principalmente no tocante às transferências intergovernamentais. (CARVALHO, 1996, p. 40-55).

Pois bem, discorrendo sobre o Estado Federal ou federalismo, exsurge a necessidade de se trazer a lume os aspectos que norteiam o chamado federalismo fiscal.

Preliminarmente, pode-se afirmar que, a partir da repartição de atribuições, competências e responsabilidades, tem-se que o poder central (a União Federal) e os entes subnacionais (Estados, Distrito Federal e Municípios), para cumprir com os seus respectivos múnus, necessitam de receitas que, por sua vez, são precipuamente de origem tributária.

É dizer, o texto constitucional, ao determinar os encargos cabíveis a cada um dos entes da Federação, também declara as competências tributárias e a repartição de receitas, de forma a munir os entes federados de recursos que possam fazer frente às atribuições que lhe tenham sido constitucionalmente designadas.

E partindo-se dessa concepção, é possível definir federalismo fiscal como a totalização “de providências constitucionais, legais e administrativas orientadas ao financiamento dos diversos entes federados, seus órgãos, serviços e políticas públicas tendentes à satisfação das necessidades públicas nas respectivas esferas de competência”. (DOMINGUES, 2007, p. 138).

Em acréscimo, esse mesmo autor (2007, p. 138) destaca que o federalismo fiscal, partindo do federalismo político, se constitui em ins-

trumento de ordenação das finanças públicas que tem por objetivo a busca do bem comum.

Assevere-se, ainda, que a atuação dos entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) deve se dar de forma concatenada e direcionada à promoção do desenvolvimento nacional, à erradicação da pobreza, à redução das desigualdades regionais e sociais que, diga-se, são objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, na forma do artigo 3º, incisos II e III da CR/88 (BRASIL, 1988).

Não por acaso, partindo-se da premissa de que os entes subnacionais devem trabalhar harmonicamente com o governo central com vistas a resolver os problemas nacionais, o texto constitucional albergou o federalismo cooperativo que prevê diversos mecanismos, tais como o estabelecimento de agências e órgãos direcionados ao desenvolvimento, repasses obrigatórios de receitas tributárias, concessão de subsídios e incentivos fiscais, dentro outros. (PORFÍRIO JÚNIOR, 2004, p. 9).

Nessa esteira, a repartição do produto oriundo da arrecadação de tributos, mediante transferências intergovernamentais, isto é, de um ente ao outro da Federação, se dá ao amparo do federalismo cooperativo albergado pelo sistema constitucional pátrio. Tais transferências, frise-se, podem ocorrer na modalidade direta, tal como sucede com a receita tributária que, pertencendo a um ente, é transferida a outro ente federado, ou na modalidade indireta, quando a receita tributária é transferida aos entes da federação, por intermédio de fundos, a exemplo do Fundo de Participação dos Municípios.

Convém mencionar que a repartição das receitas tributárias encontra seu regramento na Constituição da República (BRASIL, 1988) nos artigos 157 a 162, sendo certo que o FPM, foco do item seguinte, encontra previsão no artigo 159.

2. Atual configuração do Fundo de Participação dos Municípios

O FPM tem sua origem na Emenda Constitucional nº 18 de 1965 (BRASIL, 1965), com regulamentação pelo atual Código Tributário Nacional, instituído pela Lei nº 5.172/66 (BRASIL, 1966).

Ao longo de sua trajetória, o FPM, mantido pelos textos constitucionais de 1967 e 1988, passou por inúmeras alterações normativas.

Fato é que, atualmente, o artigo 159, inciso I, alíneas “b”, “d” e “e”, da CR/88 (BRASIL, 1988), determina que, do total de 49% (quarenta e nove por cento) do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza (IR) e sobre produtos industrializados (IPI), a União entregará ao FPM o correspondente a 22,5% (vinte e dois e meio por cento) dos recursos arrecadados, além de 1% (um por cento), a ser entregue no primeiro decêndio do mês de dezembro de cada ano e mais 1% (um por cento), com entrega no primeiro decêndio do mês de julho de cada ano.

Quanto à distribuição dos recursos do FPM aos Municípios, a matéria continua disciplinada pelo Código Tributário Nacional (CTN), com as inúmeras alterações ocorridas ao longo do tempo.

Nesse sentido, o artigo 91 do CTN (BRASIL, 1966), combinado com o quanto previsto no Decreto-lei nº 1.881/81 (BRASIL, 1981) e na Lei Complementar nº 91/97 (BRASIL, 1997), dispõe que, do total de recursos do FPM, caberão 10% aos Municípios que sejam capitais de Estados, 86,4% aos demais Municípios e uma reserva, correspondente a 3,6%, destinada a suplementar a participação dos Municípios mais populosos.

A parcela cabível às capitais dos Estados, na forma preconizada pelo §1º do artigo 91 (BRASIL, 1966), é distribuída proporcionalmente de acordo com um coeficiente individual de participação, obtido mediante um cálculo que considera a população de cada município e a renda *per capita* do respectivo Estado.

No que se refere à parcela cabível aos demais Municípios, parte-se da atribuição de um coeficiente individual de participação, calculado a partir do número de habitantes do município.

Quanto aos Municípios populosos, que não sejam capitais de Estados, mas inseridos no percentual de reserva, aplica-se regra similar àquela adotada pelas capitais dos Estados, alterando-se apenas a base de cálculo.

Aliás, assinala-se que o cálculo dos percentuais, que servirão de base para a apuração dos montantes de recursos de FPM a serem repassados aos Municípios, é de competência do Tribunal de Contas da

União (TCU) que, por sua vez, utiliza as bases fornecidas pelos IBGE, no que tange à população e à renda *per capita*.

Advirta-se, porém, que, antes da efetivação do repasse dos valores do FPM aos Municípios, é descontado o percentual de 20% (vinte por cento), que é destinado ao FUNDEB (Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação) do Estado de localização do município, conforme determina o artigo 60, inciso II, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) (BRASIL, 1988). Além do citado desconto, sobre os recursos do FPM há ainda a retenção de 1% (um por cento) a título de PIS/PASEP.

Concluída a exposição acerca dos normativos que informam a matéria em debate, passa-se, a seguir, à análise crítica do FPM.

3. Análise crítica do Fundo de Participação dos Municípios

De início, cabe observar que o atual texto constitucional, diferentemente da tendência muitas vezes adotada pelo federalismo, alçou os Municípios a categorias de membros e entes da federação, atribuindo-lhes, por conseguinte, competências tributárias e responsabilidades.

Dito de outra forma, visando a combater as disparidades regionais e partindo de uma forte tradição municipal, a atual Constituição da República acabou por privilegiar, sobremaneira, os Municípios que passaram a fruir de *status* de membros da federação em pé de igualdade com os Estados, com relativa independência em relação a estes, sendo-lhes ainda atribuídas competências tributárias e transferências federais compensatórias. (REZENDE, 1996, p. 227).

À época da elaboração da CR/88, acreditava-se que as municipalidades, diante de uma maior proximidade em relação à realidade socioeconômica de seus habitantes e às dificuldades e mazelas enfrentadas pela própria localidade, estariam mais bem capacitadas para exercer um direcionamento mais eficaz quanto à aplicação de recursos.

Todavia, especialmente quanto à atribuição de competências tributárias aos Municípios, o que se verifica, na realidade, é que estes não têm sido capazes de gerar receitas próprias suficientes para o financia-

mento de sua atividade e, conseqüentemente, para o cumprimento de suas responsabilidades.

Como efeito colateral dessa situação, nota-se uma grande dependência dos Municípios em relação às transferências intergovernamentais, verbas essas oriundas da União, a exemplo do FPM, e dos Estados, prejudicando a tão almejada autonomia.

Além disso, como disserta Marta Arretche (2010, p. 597), a despeito da preconizada descentralização e autonomia municipal, o que se nota é que as fontes de arrecadação tributária e os gastos municipais se encontram fortemente vinculados à legislação e à supervisão nacionais.

É dizer, a despeito da descentralização, os Municípios ocupam uma posição de profunda dependência em relação à União Federal e, por óbvio, dos recursos oriundos das transferências constitucionais, incluindo-se nesse escopo o FPM.

Aliás, a certeza quanto ao recebimento de recursos provenientes da União e dos Estados, a título de transferências intergovernamentais, tanto diretas quanto indiretas, acaba por levar os Municípios a uma situação, não só de dependência, mas também de relativa comodidade, desestimulando iniciativas direcionadas à busca e ao incremento de receitas próprias, não sendo rara, nesse cenário, a concessão de incentivos e isenções fiscais a contribuintes que se instalem em tais localidades.

Trata-se de uma situação anacrônica, pois, se de um lado, há a canalização de recursos aos Municípios, por outro lado, tais recursos também não são suficientes à cobertura das despesas municipais, quer em razão do volume de responsabilidades que lhe são atribuídas, quer por problemas de gestão.

Dados apurados pela Federação das Indústrias do Estado do Rio de Janeiro (FIRJAN) (2019, p. 7), referentes a 2018, apontam sérios problemas de gestão fiscal por parte dos Municípios. Segundo tais informes, aproximadamente dois mil Municípios brasileiros não são capazes de gerar recursos para arcar com as despesas decorrentes de sua estrutura administrativa e cerca de 50% das prefeituras gastam mais da metade de seu orçamento com pessoal.

Outro ponto a destacar diz respeito à flexibilização no processo de emancipação dos Municípios que, a despeito de propiciar maior descentralização da administração pública com objetivo de aproximar o

poder público local de seus habitantes, criou um contingente de Municípios dependentes das transferências redistributivas e não foi capaz de promover a melhoria da qualidade dos bens e serviços colocados à disposição da população. Dados apontam que mais de um terço das prefeituras brasileiras dependem das transferências redistributivas para arcar com suas estruturas e custos administrativos, em flagrante prejuízo à promoção do desenvolvimento e do bem estar da sociedade. (FIRJAN, 2019, p. 9).

Em acréscimo, aspecto que merece igual reflexão diz respeito ao embate que se verifica entre as competências tributárias e as responsabilidades atribuídas aos Municípios. É dizer, assiste-se a um confronto entre a limitação dos Estados e Municípios quanto ao poder de tributar face à tendência de, cada vez mais, ampliar-se as responsabilidades desses entes quanto à provisão de serviços públicos essenciais (educação, saúde, infraestrutura urbana etc.). (REZENDE, 2010, p. 72-73).

Destarte, o que se verifica no atual cenário brasileiro é um federalismo fiscal profundamente marcado por desequilíbrios verticais e horizontais, tanto no que respeita à repartição de receitas tributárias quanto no que toca à atribuição de responsabilidades.

Ainda no que se refere ao FPM, outro ponto que merece consideração diz respeito à volatilidade da base utilizada para o cálculo do citado fundo, composta pelo IR e pelo IPI.

É dizer, se por um lado a Constituição da República e a legislação infraconstitucional determinam destinação específica de parte do IR e do IPI ao FPM e indicam os critérios aplicáveis para a remessa dos recursos aos Municípios, o que sem dúvida é fator que promove segurança jurídica e afasta eventuais tratativas políticas, esses mesmos tributos (IR e IPI) são, por natureza, sensivelmente voláteis, pois que bastante influenciados pelas flutuações econômicas e mercadológicas.

Dessa forma, partindo-se da suscetibilidade do IR e do IPI ao nível da atividade econômica, tem-se que os recursos do FPM, destinados aos Municípios, podem ser maiores ou menores a depender da arrecadação dos citados impostos.

Uma economia em expansão e com indicadores favoráveis certamente oferece um cenário de maior arrecadação tributária e, portanto, de maior volume de recursos aos fundos constitucionais, ao passo que

períodos de recessão econômica têm normalmente forte impacto na arrecadação de tributos, tal como sucede com o IR e o IPI.

Com efeito, qualquer impacto na receita tributária do IR e do IPI, em razão do momento político e econômico, implica no maior ou menor volume de recursos destinados ao FPM e, conseqüentemente, menores repasses aos Municípios.

Some-se a esse fato a concessão pelas municipalidades, de forma muitas vezes desmesurada, de benefícios, incentivos e isenções fiscais que, certamente, contribuem na corrosão das receitas tributárias municipais.

Por derradeiro, aludindo à busca da redução das desigualdades regionais, Fernando Rezende (1996, p. 234-235) salienta que o quadro atual do federalismo fiscal pátrio impõe o enfrentamento de três desafios, a saber: (a) o desafio do equilíbrio; (b) o desafio da eficiência; (c) o desafio da responsabilidade. A seu ver, a descentralização e a municipalização das responsabilidades públicas, atualmente vigentes, se chocam com a distribuição das rendas públicas e com as demandas urbanas e sociais.

Destarte, diante das considerações tecidas, forçoso concluir que questões atinentes à repartição de competências tributárias, à transferência de recursos e à atribuição de responsabilidades aos entes federados não são isentas de controvérsias e de divergentes posicionamentos.

Portanto, ao ensejo da conclusão do presente tópico, pode-se afirmar que a inexorável relevância da temática deve servir de fio condutor à tarefa de discutir-se o modelo de repartição de receitas tributárias e de atribuição de responsabilidades aos diversos entes federados, até como medida salutar na busca do desenvolvimento e na redução das desigualdades sociais e regionais.

Considerações finais

Diante das ponderações retromencionadas, não é difícil perceber a problemática e as dificuldades que cercam a discussão em torno do federalismo fiscal brasileiro, quer no que respeita à repartição de receitas, quer no que pertine à distribuição de responsabilidades, principalmente na prestação de serviços de cunho social.

Discutir-se a descentralização e a autonomia municipal obrigatoriamente suscita a necessidade de se avaliar os mecanismos que tais entes federados contam para fazer frente às suas responsabilidades.

Como visto, a insuficiência na geração de receitas próprias e a profunda dependência dos Municípios aos recursos oriundos da repartição de receitas tributárias, somadas a problemas de gestão, põem em xeque a tão difundida autonomia dos Municípios

Ademais, ainda que o objetivo dos fundos seja a equalização fiscal, de forma a tornar possível uma melhor distribuição de recursos com vistas à redução das desigualdades entre os Municípios, o que se verifica, na prática, é um cenário de desequilíbrio fiscal.

Tais desequilíbrios acabam por fulminar eventuais políticas públicas e iniciativas que tenham por escopo combater as disparidades sociais e regionais que, é fato, grassam em território brasileiro, do que resulta a necessidade de se formular um modelo de federalismo fiscal que reparta as receitas, de forma justa e consentânea às responsabilidades atribuídas aos Estados membros e aos Municípios que compõem a federação, impulsionando o Estado brasileiro a trilhar o caminho do desenvolvimento.

É dizer, deve-se pensar o federalismo fiscal como um mecanismo que se traduza em uma eficiente e eficaz equalização na repartição de receitas e responsabilidades.

Dos entes da federação, por sua vez, deve-se cobrar a correta aplicação dos recursos, para que os mesmos sejam efetivamente destinados à promoção do desenvolvimento socioeconômico, propiciando, por assim dizer, a melhoria das condições de vida da população.

Referências

ARRETCHE, Marta. Federalismo e igualdade territorial: uma contradição em termos?. **Dados – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 53, n. 3, 2010, p. 587 a 620. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/dados/v53n3/a03v53n3.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 2 abr. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889**. Proclama provisoriamente e decreta como forma de governo da Nação Brasileira a República Federativa, e estabelece as normas pelas quais se devem reger os Estados Federais. Rio de Janeiro: Governo Provisório. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D0001.htm. Acesso em: 2 abr. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 1.881, de 27 de agosto de 1981**. Altera a Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, cria a Reserva do Fundo de Participação dos Municípios - FPM e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/De11881.htm. Acesso em: 2 abr. 2020.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 18, de 1º de dezembro de 1965**. Reforma do Sistema Tributário. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc18-65.htm. Acesso em: 2 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm. Acesso em: 2 abr. 2020.

BRASIL. **Lei Complementar nº 91, de 22 de dezembro de 1997**. Dispõe sobre a fixação dos coeficientes do Fundo de Participação dos Municípios. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp91.htm. Acesso em: 2 abr. 2020.

CARVALHO, José Murilo de. El federalismo brasileño: perspectiva histórica. *In*: CHÁVEZ, Alicia Hernández (coord.). **¿Hacia un**

nuevo federalismo? México, D.F.: Fideicomiso Historia de las Américas: El Colégio de México, 1996. p. 34-64.

DOMINGUES, José Marcos. Federalismo fiscal brasileiro. **Revisita Nomos**, Fortaleza, v. 26, p. 137-143, 2007. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/20115/30748>. Acesso em: 6 mar. 2019.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1994.

FIRJAN – Federação das Indústrias do Estado do Rio de Janeiro. **IFGF 2019**: índice Firjan de gestão fiscal 2019. Rio de Janeiro: FIRJAN, 2019. Disponível em: https://www.firjan.com.br/data/files/8F/50/19/81/B2E1E610B71B21E6A8A809C2/IFGF-2019_estudo-completo.pdf. Acesso em: 19 mar. 2020.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. O federalismo como instrumento de concretização de direitos fundamentais e sociais. *In*: SCAFF, Fernando Facury *et al.* (coord.) **Federalismo (s)em juízo**. São Paulo: Noeses, 2019. p. 79-107.

PORFÍRIO JÚNIOR, Nelson de Freitas. Federalismo, tipos de estado e conceito de estado federal. *In*: CONTI, José Maurício (org.). **Federalismo fiscal**. Barueri: Manole, 2004. p.1-13.

REZENDE, Fernando. El federalismo fiscal en Brasil. *In*: CHÁVEZ, Alicia Hernández (coord.). **¿Hacia un nuevo federalismo?**. México, D.F.: Fideicomiso Historia de las Américas: El Colégio de México, 1996. p. 225-241.

REZENDE, Fernando. Federalismo fiscal: em busca de um novo modelo. *In*: OLIVEIRA, Romualdo Portela; SANTANA, Wagner (org.). **Educação e federalismo no Brasil: combater as desigualdades, garantir a diversidade**. Brasília, DF: Unesco, 2010. p. 71-88. Disponível em: <http://bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br/services/e-books/187336por.pdf#page=69>. Acesso em: 20 mar. 2020.

TARR, Alan. Federalismo e espaço constitucional subnacional. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, n. 10, p. 95-126, abr./jun. 2009. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=57988>. Acesso em: 6 mar. 2020

A EFICIÊNCIA DA POLÍTICA PÚBLICA DESENVOLVIMENTISTA NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

THE EFFICIENCY OF DEVELOPMENTAL PUBLIC POLICY IN THE CONSTITUTION OF THE REPUBLIC

Mateus Rocha de Lisbôa

1. INTRODUÇÃO

A concentração de riqueza manifesta-se como elemento constante na história socioeconômica brasileira, tornando esse país uma nação notoriamente desigual e assimétrica. Tal concentração é constatada não apenas a nível individual dos cidadãos, como também em uma perspectiva macro, quando se busca analisar as destacadas distinções econômicas que marcam as regiões brasileiras. Assim, o presente estudo busca analisar as políticas públicas financeiro-tributárias, previstas no bojo da Constituição da República e elaboradas para a correção desse cenário histórico.

Dessa forma, percebe-se que esta pesquisa centrar-se-á na federação brasileira, em uma perspectiva global e também regional, enquan-

to ente político permeado de desigualdades oriundas de sua histórica concentração de riqueza.

O recorte temporal utilizado por esta pesquisa remonta às últimas três décadas, em especial a partir de 1988, ano da promulgação da CR/88. Tal lapso temporal justifica-se em virtude de seu objeto, o qual remonta à análise das políticas públicas financeiro-tributárias previstas no texto constitucional.

A pesquisa a seguir desenvolvida compreende-se como de grande relevância para o estudo do combate à desigualdade regional do país, valor que apresenta considerável importância jurídica, tendo sido, inclusive, consagrado no texto constitucional, em seu artigo 3º, III. Diante da notória concentração de riqueza que marca a federação brasileira, o próprio constituinte originário estabeleceu políticas públicas de Estado, de cunho financeiro e tributário, para a promoção das regiões menos desenvolvidas, em uma clara tentativa de implementação de um plano desenvolvimentista nacional.

Para que seja possível alcançar tal objetivo geral, no sentido de se analisar tais mecanismos financeiro-tributários previstos na Constituição da República, deve-se, primeiramente, atender aos objetivos específicos a seguir expostos. Para tanto, recorrer-se à revisão da literatura especializada e atualizada a respeito dessa temática, enquanto metodologia adotada por essa pesquisa.

Assim, ressalta-se, antes de tudo, a compreensão histórica da desigualdade regional brasileira, advinda, destacadamente, da concentração de riqueza em eixos econômicos específicos, gerando consideráveis disparidades no bojo da Federação, bem como a análise das políticas públicas, as quais se tornam fundamentais para a superação dessa realidade.

Posteriormente, contextualizando as políticas públicas no cenário de desigualdade regional acima exposta, constata-se a existência de programas estabelecidos no próprio texto constitucional, dotados, dessa forma, de considerável densidade e aplicabilidade normativa. Assim, estabelecer quais são essas políticas públicas lançadas na Constituição da República, suas respectivas naturezas, com as correspondente formas de efetivação possibilitará a compreensão do projeto desenvolvimentista de nação estabelecido pela Carta Magna.

2. DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E CONCENTRAÇÃO REGIONAL DE RIQUEZA – PERSPECTIVAS TEÓRICAS

Para empreender qualquer análise a respeito de programas de governo ou de Estado voltados para a redução da desigualdade regional brasileira deve-se, primeiramente, esclarecer, historicamente, os gargalos enfrentados pelo Brasil, os quais corroboraram para a construção da atual sociedade brasileira, marcadamente desigual em seus aspectos regionais e individuais.

Dessa forma, o primeiro questionamento a ser realizado é a respeito da importância que carrega o estudo da desigualdade regional do país. Ora, de fato, a desigualdade, por si só, não implica um cenário danoso a ser combatido. Isso porque, naturalmente, a desigualdade regional assenta-se em uma comparação entre pessoas jurídicas de direito públicos, os Estados-membros brasileiros, não afetando, a priori, direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

Ocorre que, impreterivelmente, tais direitos acabam sofrendo limitações, na medida em que se adentra na análise da realidade social nacional. Evidentemente, toda essa problemática não apresenta apenas um motivo único e exclusivo, de modo que este estudo afasta, por completo, qualquer tentativa de impor, unilateralmente, a desigualdade regional como fator que corrobora para a construção desse cenário.

No entanto, naturalmente, a desigualdade regional brasileira manifesta-se como causa relevante na construção de uma sociedade marcada por constantes afrontas aos direitos assegurados pela Constituição, de modo que devem ser elaborados planos e projetos estratégicos para a construção de uma nação verdadeiramente igualitária na perspectiva de acesso ao serviço público de qualidade e a oportunidades.

Portanto, o enfoque conferido à desigualdade regional brasileira remonta justamente ao fato de direitos fundamentais serem desrespeitados em virtude disso, de modo que, conforme entendimento atual do Constitucionalismo Contemporâneo (GOZZ, 2007, p. 401), tal temática assume considerável destaque.

Assim, questionando-se a respeito da ligação entre a desigualdade regional brasileira e a inefetividade de direitos fundamentais, pugna-se

pela tese de que o primeiro fator corrobora para a construção de uma sociedade precária, em consideráveis regiões, em desenvolvimento, de tal modo que a própria liberdade dos indivíduos resta atingida.

Nessa perspectiva, de se analisar o desenvolvimento como mecanismo para se assegurar a liberdade (SEN, 2010, p. 378), constata-se que esta deve ser valorizada em virtude de dois aspectos prioritários, quais sejam, por ser um valor em si mesmo, o qual, na perspectiva jurídica, manifesta-se como concretização de direitos fundamentais, como também por favorecer a oportunidade de pessoas terem resultados valiosos (SEN, 2010, p. 33).

A relevância do desenvolvimento é de tal monta que não se restringe às observações das ciências econômicas, atingindo também os estudos jurídicos no Constitucionalismo Contemporâneo. Isso porque, conforme afirmado alhures, o atual estágio do movimento constitucionalista pugna, justamente, pela maior efetividade dos direitos fundamentais, tendo o desenvolvimento como elemento imprescindível.

Adentrando-se, assim, nessa problemática, deve-se perquirir, agora, os motivos que levam à construção de uma sociedade precária em seu desenvolvimento. A compreensão desse questionamento aponta para a consolidação de instituições extrativistas (ACEMOGLU e ROBINSON, 2012, p. 317), marcadas, sobretudo, pela ausência dos incentivos necessários para que as pessoas poupem, invistam e inovem, bem como pela consolidação de estruturas políticas que se perpetuam no poder, fomentando e corroborando para o extrativismo.

Nessa mesma perspectiva, de compreensão das origens da desigualdade social, aponta-se também que esta advém (PIKETTY, 2014, p. 27), em suma, da maneira como atores políticos, econômicos e sociais se relacionam e estabelecem as normas que regerão determinada sociedade, de modo que a dinâmica de riqueza poderá apresentar engrenagens convergentes e divergentes em qualquer momento histórico, ressaltando-se, todavia, que inexiste forças naturais que construirão uma sociedade justa, livre e solidária, necessitando-se, assim, da atuação ativa do Estado para tanto.

Por fim, percebe-se também que a prevalência do domínio estrutural da política pelas elites locais na construção desse cenário, nos termos da teoria das elites (GRIN e ABRUCIO, 2019, p. 30). Segundo

esta, o interesse privado das elites econômicas em âmbito local, em geral, se sobrepõe e reduz a autonomia do governo, dificultando e obstaculizando a concretização de projetos de caráter desenvolvimentistas.

Dessa maneira, compreendidas as razões teóricas que fomentaram a consolidação da desigualdade regional brasileira, deve-se, agora, adentrar nos estudos das políticas públicas construídas para o combate dessa realidade.

3. AS POLÍTICAS PÚBLICAS E A CONSTRUÇÃO DE UM PROJETO DE NAÇÃO

Diante da construção de uma sociedade marcadamente desigual, tanto no âmbito individual, quanto no aspecto regional, o Estado brasileiro adentrou no final do século XX com o compromisso e a necessidade de correção desse percurso histórico seguido ao longo de cinco séculos.

A experiência jurídica atual remonta à construção do Estado Contemporâneo, no qual os direitos fundamentais assumem notório destaque. Dessa percepção, origina-se o estudo da efetividade desses direitos (SARLET, 2010, p. 239), a qual pode ser compreendida como a eficácia jurídica e social de uma norma permeada de conteúdo garantidor de direito ao cidadão.

Diante da necessidade de se buscar a efetividade dos direitos fundamentais, e tendo em vista o caráter eminentemente jurídico assumido pelo Estado na contemporaneidade, torna-se prioritária a construção de mecanismos que possam viabilizar tal concretização.

Dessa maneira, dentre as várias possibilidades existentes, as políticas públicas assumem papel prioritário no Constitucionalismo Contemporâneo, justamente por sua natureza plural, apresentando caráter jurídico mas originando-se e voltando-se para as questões de cunho primordialmente social. Dito de outro modo, serão as políticas públicas que assumirão preferencialmente o referido papel de mecanismo garantidor de efetividade dos direitos fundamentais assegurados pelos Estados Contemporâneos.

Essa perspectiva de análise das políticas públicas pode ser estendida também às normas de conteúdo programático, não se restrin-

gindo as estritamente asseguradoras de direitos fundamentais (COUTINHO, 2010, p. 13). De todo modo, o que deve-se compreender a respeito das políticas públicas é a sua relevância para a concretização de normas jurídicas estabelecidas no ordenamento jurídico, independentemente de seu caráter programático ou estritamente de direito fundamental, tendo em vista que, ao final, será justamente o atendimento das finalidades assumidas pelo Estado Contemporâneo que estará em disputa.

Nesse sentido, as políticas públicas manifestam-se, sobretudo, como programa ou quadro de ação governamental, consistindo em um conjunto de medidas coordenadas e articuladas voltadas para impulsionar a máquina estatal na realização de determinado(s) direito(s) (BUCCI, 2006, p. 14).

Dessa perspectiva observa-se que a abordagem jurídica das políticas públicas remonta a uma concepção destacadamente institucional, carregada de funcionalidade e possibilitando a integração de um conjunto complexo de normas, atores, processos e instituições jurídicas (BUCCI e COUTINHO, 2017, p. 314).

Dentre as tipologias apresentadas por essa categoria de estudo, cabe destacar a distinção entre políticas públicas de Estado e de governo, sendo a primeira relativa a programas estruturais e permanentes ao longo dos anos, enquanto estas referem-se a projeções com menor prazo de duração e buscando efeitos mais imediatos.

Assim, as políticas públicas previstas na Constituição da República ora analisadas, tendo em vista se voltarem para o combate da desigualdade regional do Brasil, podem ser compreendidas também como projetos desenvolvimentistas de Estado.

Cabe, primeiramente, destacar o que se compreende por desenvolvimentismo. Este, originado na América Latina ao longo do século XIX e utilizado com maior intensidade no século XX, manifesta-se como um tipo de intervencionismo, buscando à superação do subdesenvolvimento, partindo da premissa de que este assenta-se em fatores históricos, passíveis, assim, de serem revertidos. Dessa forma, o intervencionismo busca a construção de uma sociedade melhor para o futuro por meio de uma conduta deliberada e racionalizada dos governantes, tendo em vista que o desenvolvimento, para ser alcançado,

precisa ser acelerado, não advindo de fatores naturais ou do mercado de maneira livre (FONSECA, 2016, p. 118).

Compreende-se desenvolvimentismo como forma de política econômica intervencionista fundada, deliberadamente por governos, para o crescimento da produção e da produtividade, transformando a sociedade com objetivo de se alcançar fins desejáveis, superando problemas econômicos e sociais estruturais do Estado (FONSECA, 2016, p. 119). Portanto, de forma alguma nega-se o sistema capitalista ou a propriedade privada, ao contrário, busca-se o incremento de produtividade para se concretizar valores elencados como superiores em determinado ente político.

Percebe-se, assim, a existência, no texto constitucional, de políticas públicas desenvolvimentistas construídas para implementação de um ideal de nação livre, justa e solidária, materializada, dentre outros instrumentos, através de diretrizes que buscam reduzir a desigualdade regional brasileira. Dessa forma, adentra-se, a seguir, no estudo dessas políticas públicas em específico, analisando suas nuances e suas respectivas maneiras de concretização.

4. OS MECANISMOS FINANCEIRO-TRIBUTÁRIOS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

Compreendidas as origens da desigualdade regional brasileira, bem como os motivos que determinam com que o Estado assuma condutas positivas e efetivas para buscar a redução de tal mazela, sendo que, para tanto, recorrer-se-á à utilização de políticas públicas enquanto ações governamentais voltadas para a efetivação de valores juridicamente assegurados, adentra-se, agora, na análise dos mecanismos previstos no texto constitucional para o combate das distinções entre as regiões do país.

A efetivação dessa política pública se processa mediante a utilização de diversos mecanismos, em especial de índole financeiro-tributária, tais como: Fundos Constitucionais de Desenvolvimento Regional (FCO, FNO e FNE), Fundo de Participação dos Municípios (FPM) e Fundo de Participação dos Estados (FPE), incentivos fiscais e repartição constitucional de receita tributária.

4.1. Dos incentivos fiscais

De todos os mecanismos constitucionais componentes da política pública de combate à desigualdade regional brasileira, os incentivos fiscais apresentam o caráter mais acentuado no sentido de corrigir tal distorção histórica apresentada pelo Brasil, tendo em vista sua natureza de fomento através de mecanismos tributários tomados pelos Estados membros da federação.

Primeiramente, cabe ressaltar que os incentivos fiscais se manifestam no texto constitucional, dentre outras disposições, em seus artigos 155, §2º, XII, g e 156, §3º, III, CF/88, no tocante à competência dos Estados e Municípios instituírem os Impostos sobre Circulação de Mercadoria (ICMS) e sobre Serviços (ISS), respectivamente. Ainda, prevê o artigo 151, I, CF/88 a possibilidade de a União instituir tributo não uniforme em todo território nacional para que se promova o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico entre as diferentes regiões do País.

Diante da latente ligação apresentada entre os incentivos fiscais e a desigualdade regional do Brasil, o ICMS ganha considerável destaque no cenário jurídico atual, tendo em vista a soma de determinados fatores. Assim, podem ser elencados como motivos para a crescente utilização de incentivos fiscais de ICMS por parte dos Estados membros: (i) a elevada carga tributária oriunda desse imposto (com alíquotas internas, em geral, na casa dos 16 a 18%), (ii) a competência conferida aos Estados membros para sua instituição e cobrança, (iii) a possibilidade de compensar os entraves para investimentos em determinada localidade a partir da redução da carga tributária e (iv) a busca por maior competitividade entre os Estados membros.

Conforme se observa, o aspecto de destaque desses incentivos se torna o caráter extrafiscal que a tributação assume, tendo em vista que a preocupação prioritária não se torna mais a arrecadação do imposto (caráter fiscal do tributo), mas sim o incentivo, o fomento para se desenvolver e investir em determinado espaço geográfico (REI, 2017, p. 121).

Dessa forma, pode-se compreender os incentivos fiscais como normas jurídicas de caráter indutor, na medida em que busca atrair investimentos e o desenvolvimento de determinadas atividades produ-

tivas por meio da redução da carga tributária que normalmente envolveria essa atividade.

O ganho que o Estado membro obtém refere-se, justamente, ao incremento de sua economia e a possibilidade de criação de novos postos de trabalho, bem como o aprimoramento de sua infraestrutura, enquanto o particular que exerce a atividade incentivada consegue destinar sua produção para determinada território da federação tendo em vista a compensação dos entraves econômicos com a desoneração na carga tributária.

No entanto, deve-se ressaltar que a concessão de incentivos fiscais, em especial os de ICMS, encontram várias regras limitativas à sua instituição. Dessa forma, citam-se a exigência de deliberação entre os demais Estados membros (artigo 155, §2º, XII, g, CF/88), de prévio estudo das estimativas dos impactos orçamentários-financeiros advindos dos incentivos estabelecidos (BEVILACQUA, 2013, p. 176) (artigo 14, Lei de Responsabilidade Fiscal), assim como o atendimento de princípios elementares da Administração Pública, tais como a moralidade, a eficiência, a impessoalidade, publicidade e transparência.

Os incentivos fiscais, portanto, tornaram-se mecanismo de efetiva utilização por parte dos Estados membros brasileiros, devendo o sistema de controle, tanto de legalidade, quanto de eficiência, ser devidamente estruturado para se evitar a elevada desoneração de receita tributária, fundamental para a efetivação de políticas públicas assumidas pelo Estado brasileiro.

4.2. Da repartição constitucional de receita tributária

A repartição constitucional de receita tributária remete diretamente ao federalismo cooperativo brasileiro, estabelecido, do ponto de vista fiscal, por meio da divisão de competências definidas pela Constituição da República. Para a devida compreensão do tema, torna-se necessário investigar questões atinentes ao federalismo nacional para, então, tornar-se possível conceber o modelo erigido pelo constituinte originário.

O federalismo consiste em forma de Estado a qual apresenta vários centros de poder político autônomo, apresentando caráter descentrali-

zado, se comparado ao Estado Unitário. Tal autonomia dos entes federados manifestam-se, sobremaneira, através das seguintes características (CONTI, 2010, p.17: (i) existência de ao menos duas esferas de governo, (ii) autonomia das entidades descentralizadas, compreendendo a autonomia política, administrativa e financeira, (iii) organização do Estado expressa em uma Constituição, (iv) repartição de competências entre as unidades descentralizadas, (v) participação das entidades descentralizadas na formação da vontade nacional e (vi) indissolubilidade.

O objeto deste estudo assenta-se justamente na quarta característica acima arrolada, qual seja, a repartição de competências entre as unidades federadas. Além das competências legislativas e administrativas repartidas entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, a Constituição da República apresenta também a repartição de competências tributárias, estabelecendo os tributos os quais cada ente federado poderá instituir e cobrar.

Nesse diapasão, pode-se compreender as regras de competência tributária como significados de enunciados prescritivos com função prescritiva, pois visam guiar o comportamento humano (limitar o exercício do poder de tributar), não se revestindo de valores de verdade ou falsidade (ÁVILA, 2018, p. 26).

Dessa divisão de competências tributárias emerge o que se compreende como federalismo fiscal, autêntica medida de descentralização financeira (TORRES, 2014, p. 25), tendo em vista a efetividade do princípio do federalismo e da autonomia dos entes federados por meio da garantia de recursos a todos eles.

Ademais, o federalismo fiscal brasileiro, diante da convergência de poderes para a unidade central, bem como das necessidades apresentadas pelos entes periféricos, apresenta como característica, também, o aspecto cooperativo, marcado pela assunção, por parte do ente central, de responsabilidades pelo financiamento das demais unidades federadas (TORRES, 2014, p. 26). Tal modelo se contrapõe ao federalismo dual, no qual as diferentes esferas de competência pouco colaboram com o financiamento dos gastos da(s) outra(s).

Dessa maneira, percebe-se que a existência de maiores competências tributárias à União Federal, somada ao aspecto cooperativo do federalismo fiscal brasileiro, bem como às desigualdades regionais que

marcam o país contribuíram para a previsão constitucional de uma sistemática intitulada como repartição do produto da arrecadação ou repartição constitucional de receita tributária (MOREIRA, 2016, p.71).

O regramento desse conjunto normativo encontra-se previsto nos artigos 157 a 162, CR/88 (BRASIL, 1988). No entanto, para o presente estudo, devem ser destacados dois instrumentos em específico da repartição constitucional de receita tributária, diante do seu caráter notoriamente voltado para o combate à desigualdade regional do Brasil: os Fundos Constitucionais de Desenvolvimento Regional e os Fundos de Participação dos Estados e Municípios.

4.2.1. Dos Fundos Constitucionais de Desenvolvimento Regional

Compromissada com o combate à desigualdade regional do Brasil, a Constituição da República previu em seu artigo 159, I, *c* a instituição de Fundos Constitucionais de Desenvolvimento Regional nas regiões Centro-Oeste, Norte e Nordeste, justamente as mais afetadas com a discrepância de riqueza existente no país.

Para a devida compreensão da natureza e da sistemática envolvendo os Fundos Constitucionais de Desenvolvimento Regional, deve-se apontar, antes de tudo, a disciplina estatuída na Constituição da República a respeito da matéria. Assim, estabelece o artigo 159, I, *c*, da Carta Magna que 3% do produto da arrecadação do Imposto de Renda e do Imposto sobre Produtos Industrializados será repassado para programas de financiamento ao setor produtivo das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste por meio de suas instituições financeiras de caráter regional.

Dessa maneira, pode-se compreender que tais fundos consistem em ferramentas para auxiliar no crescimento das regiões (SIMPLÍCIO, 2017, p. 10) historicamente menos desenvolvidas no Brasil, através do repasse de percentual arrecadado pela União por meio impostos de sua competência, como é o caso do IRPF e do IPI, o qual comporá os Fundos de Financiamento do Centro-Oeste (FCO), do Norte (FNO) e do Nordeste (FNE).

A procedimentalização desses fundos se processa por meio do repasse do IRPF e do IPI acima exposto para os Fundos de Financiamento do Centro-Oeste (FCO), do Norte (FNO) e do Nordeste (FNE)

com a seguinte distribuição, respectivamente, 0,6%, 0,6% e 1,8%, nos termos do artigo 6º, da Lei Federal n. 7.827/1989. Para realizar a administração desses recursos, serão competentes os Bancos do Brasil S.A., relativos aos investimentos do FCO, da Amazônia S.A, com relação ao repasse ao FNO e o do Nordeste do Brasil S.A., quanto ao FNE, conforme exposto no artigo 16, da referida lei federal.

A partir do momento que ingressam em tais fundos, o montante poderá ser destinado a diversos programas distintos, elaborados para o investimento em áreas específicas de desenvolvimento. Tais programas serão estabelecidos conforme as prioridades propostas pelas Superintendências de Desenvolvimento de cada região (MATSMOTO, BITTENCOURT, SILVA e AMORIM, 2016, p. 44).

Nesse contexto, no caso do Fundo de Financiamento do Centro-Oeste pode-se citar a existência dos seguintes Programas FCO (Programação FCO, 2019): (i) Empresarial de Apoio aos Empreendedores Individuais e às Micro, Pequenas e Pequeno-Médias Empresas, (ii) Empresarial para Médias e Grandes Empresas, (iii) Rural, (iv) Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (Pronaf), (v) Empresarial para Repasse, (vi) Rural para Repasse, (vii) para Financiamento Estudantil e (viii) para Financiamento de micro e mini geração de energia elétrica para pessoa física.

Dessa maneira, segundo o exposto brevemente acima, constata-se que os Fundos Constitucionais de Desenvolvimento Regional fundam-se no repasse de montante oriundo da arrecadação tributária federal, a partir do recolhimento do IRPF e do IPI, para os Fundos de Financiamento do Centro-Oeste, do Norte e do Nordeste, os quais, através dos respectivos bancos definidos em lei federal, bem como conforme o enquadramento nos programas estabelecidos pelas respectivas Superintendências de Desenvolvimento regional, se torna possível efetivar o investimento e o desenvolvimento por meio do fomento a atividades produtivas realizadas em cada uma dessas regiões.

4.2.2. Dos Fundos de Participação dos Estados e Municípios

Os Fundos de Participação dos Estados (FPE) e dos Municípios (FPM) assentam-se em dispositivos de ordem constitucional, por meio

do artigo 159, no qual se estabelece que a União deverá repassar, da arrecadação oriunda do Imposto de Renda e do Imposto sobre Produtos Industrializados, 21,5% para o FPE e 22,5% para o FPM.

A criação desses fundos remete à sistemática estabelecida pela Constituição da República a respeito da repartição de competência tributária. No caso, constata-se que a maior parte de arrecadação fiscal no país fica a cargo da União Federal, enquanto aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios restam espectro de competência reduzida. Tal afirmação pode ser comprovada por meio da existência de 7 (sete) tipos de impostos os quais deverão ser recolhidos pela União, além de também estar compreendida em sua competência a possibilidade de instituição de Imposto Residual, Imposto Extraordinário de Guerra, Empréstimos Compulsórios, bem como as contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas. Ao contrário, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios restam, além das taxas e contribuições de melhoria, três tipos de impostos para cada, previstos na Constituição da República, além das contribuições para custeio do regime próprio de suas respectivas previdências.

A despeito do reduzido espectro de competência tributária dos Estados, Distrito Federal e Municípios, subsiste o dever de realização e implementação de diversos serviços públicos a serem prestados para a população, de modo que se torna fundamental, assim, a criação de mecanismos para que tais entes federados consigam oferecer adequadamente os serviços que lhes são incumbidos (BALIEIRO, 2012, p. 21).

Soma-se a tais fatos a existência da nefasta desigualdade regional no Brasil, de modo que a instituição dos Fundos de Participação passam a apresentar, concomitantemente, caráter de mecanismo de política pública distributiva, tendo em vista o regramento estabelecido pela legislação federal.

Assim, diante do Anexo Único da Lei Complementar n. 62/1989, percebe-se que os Estados que mais recebem recursos do FPE consistem, justamente, os das regiões Nordeste, Norte e Centro-Oeste. Já com relação aos Municípios, a distribuição do produto do FPM, nos termos do Código Tributário Nacional e da Lei Complementar n. 91/1997, obedecerá a coeficientes estatuídos conforme suas respectivas populações.

Dessa sistemática adotada pela Constituição da República, apontam-se consideráveis benefícios e pontos positivos a respeito de sua instituição. Nesse sentido, a independência de fatores políticos e a autonomia subnacional advinda da incondicionalidade da transferência exemplificam tal vertente (MENDES, MIRANDA e COSIO, 2008, p. 56).

De outra mão, manifestam-se também aspectos negativos dessa sistemática, tais como o baixo grau de *accountability*, a baixa flexibilidade para absorção de choques (em razão dos percentuais pré-fixados) e as problemáticas atinentes à eficiência da gestão e da responsabilidade fiscal por parte dos entes federados, já que tais repasses advêm de maneira incondicionada (MENDES, MIRANDA e COSIO, 2008, p. 57).

5. CONCLUSÕES

Diante das exposições realizadas acima, compreendem-se os fatores históricos, políticos e econômicos que levaram à construção de um país marcado por profundas desigualdades regionais. Além disso, tornou-se possível também analisar os principais mecanismos de ordem financeiro-tributária para a concretização da política pública de Estado elaborada para a redução das desigualdades regionais brasileiras.

Deve ser ressaltado também o fato de que o combate à desigualdade regional do país não se manifestam como objetivo único e final da nova ordem constitucional pátria. Conforme exposto acima, é necessária tal redução para, em suma, se garantir a efetividade de direitos fundamentais, este sim objetivo primordial do ordenamento jurídico em voga.

Concretizando tal pensamento, deve-se buscar o pleno e integral desenvolvimento do país, sem as marcas históricas de sua desigualdade. Isso, no entanto, não implica em empobrecer certo espaço geográfico e concentrar todos os esforços nas regiões mais precárias, para que, assim, os extremos se equivalham. Ao contrário, o que se busca é justamente o oposto: o contínuo crescimento das regiões mais desenvolvidas do Brasil, sem que, com isso, as com índices inferiores fiquem relegadas com seus contínuos entraves socioeconômicos.

Em suma, o que deve guiar a política desenvolvimentista do Estado brasileiro é a constante, paulatina e crescente diminuição das

desigualdades regionais, de modo que todo o território nacional, dentro de suas respectivas peculiaridades e especialidades, possa se desenvolver de maneira integrada, visando, finalmente, à efetivação dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. Por que as nações fracassam – A origem do poder, da prosperidade e da pobreza. Rio de Janeiro, Elsevier, 2012.

AMORIM, Renata Cristina Silva; BITTENCOURT, Jairo Alano de; MATSUMOTO, Alberto S.; SILVA, Ricardo Gonçalves da. O Fundo Constitucional de Financiamento do Centro-Oeste - FCO - influencia o desenvolvimento do empreendedorismo? Universitas Gestão e TI, Brasília, v. 6, n. 2, p. 43-51, jul./Dez. 2016

BALIEIRO, Hilton Silva. Fundo de participação dos estados – equilíbrio econômico e social. Monografia (especialização) – Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento (CEFOP), da Câmara dos Deputados, Curso de Especialização em Orçamento Público, 4ª edição, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos para uma dogmática constitucional transformadora. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição e superação das desigualdades regionais. In: GRAU, Eros e GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs). Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. 1ª ed., 2ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 74-107.

BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In BUCCI, Maria Paula Dallari (org). Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 143-161.

- BEVILACQUA, Lucas. Incentivos fiscais de ICMS e desenvolvimento regional. São Paulo: Quartier Latin, 2013.
- BRASIL. Constituição da República, de 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 05 de outubro de 1988.
- BRASIL. Lei Complementar Federal n. 91, de 22 de dezembro de 1997. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 23 de dezembro de 1997.
- BRASIL, Lei Complementar Federal n. 101, 04 de maio de 2000. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 05 de maio de 2000.
- BRASIL, Lei Complementar Federal n. 143, 17 de julho de 2013. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 18 de julho de 2013.
- BRASIL, Lei Federal n. 5.172, 25 de outubro de 19669. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 27 de outubro de 1966.
- BRASIL, Lei Federal n. 7.827, 27 de setembro de 1989. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 28 de setembro de 1989.
- BUCCI, Maria Paula Dallari (org). Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BUCCI, Maria Paula Dallari; COUTINHO, Diogo R.; “Arranjos jurídico-institucionais da política de inovação tecnológica: uma análise baseada na abordagem de direito e políticas públicas”, p. 313 -340. In: Inovação no Brasil: avanços e desafios jurídicos e institucionais. São Paulo: Blucher, 2017.
- CHEVALLIER, Jacques. O Estado Pós-Moderno. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009 (p.59-98).
- CONTI, José Maurício. Considerações sobre o Federalismo Fiscal brasileiro em uma perspectiva comparada. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury; BRAGA, Carlos Eduardo Faraco (Org.). Federalismo fiscal: questões contemporâneas. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 15-34.

- COSIO, Fernando Blanco; MENDES, Marcos; MIRANDA, Rogério Boueri. Transferências intergovernamentais no Brasil: diagnóstico e proposta de reforma. Textos para discussão 40. Consultoria Legislativa do Senado Federal, Brasília, abril / 2008.
- COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas públicas. MARQUES, Eduardo e FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. Política Pública como Campo Multidisciplinar. São Paulo. Ed. UNESP.
- COUTO, Cláudio Gonçalves. Sistema de governo e políticas públicas / Cláudio Gonçalves Couto -- Brasília: Enap, 2019.
- FARIA, Luiz Alberto Gurgel. A extrafiscalidade e a concretização do princípio da redução das desigualdades regionais. 1 ed. São Paulo, Quartier Latin, 2010.
- FONSECA, Pedro Cezar Dutra. Desenvolvimentismo: a construção do conceito. Texto para discussão / Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada.- Brasília: Rio de Janeiro: Ipea, jul. 2015.
- FONSECA, Pedro Cezar Dutra e SALOMÃO, Ivan Colangelo. O sentido histórico do desenvolvimentismo e sua atualidade. Revista de Economia Contemporânea, 2017. Número especial: p. 1-20.
- FURTADO, Celso. Formação Econômica do Brasil. 34 ed. São Paulo, Companhia das Letras, 2016.
- GALEANO, Eduardo. As veias abertas da América Latina. Porto Alegre: L&PM, 2013.
- GOZZI, Gustavo. O Estado Contemporâneo. In: BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO. Dicionário de Política. Brasília: UnB, 2007, p. 401-409.
- GRIN, Eduardo José. Governos locais: uma leitura introdutória / Eduardo José Grin; Fernando Luiz Abrucio – Brasília: Enap, 2019.
- HUMBERTO ÁVILA. Competências Tributárias – um ensaio sobre a sua compatibilidade com as noções de tipo e conceito. São Paulo, Malheiros, 2018.

- JUSTEN FILHO. Conceito de interesse público e a personalização do direito administrativo. In Revista Trimestral de Direito Público, n. 26, São Paulo: Malheiros, 1999.
- MARCONI, Nelson e BRANCHER, Marco. A política econômica do novo desenvolvimentismo. Revista de Economia Contemporânea, 2017. Número especial: p. 1-31.
- MONTEIRO NETO, Aristides. Desigualdades regionais no Brasil: características e tendências recentes. Boletim regional, urbano e ambiental. IPEA, 2014.
- MOREIRA, André Mendes. Repartição das receitas tributárias e autonomia federativa. In: GOMES, Marcus Lívio; ABRAHAM, Marcos; TORRES, Heleno Taveira. Direito Financeiro na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: homenagem ao Ministro Marco Aurélio. Curitiba: Juruá, 2016, p. 61-87.
- NASCIMENTO, João Carlos Hipólito Bernardes do; PASSOS, Cristhian Rêgo. Fundo de Participação dos Municípios na Composição das Receitas: um estudo sobre dependência dos municípios piauienses nos anos 2013 a 2016. XXV Congresso Brasileiro de Custos – Vitória, ES, Brasil, 12 a 14 de novembro de 2018.
- PERISSINOTTO, Renato. O conceito de Estado Desenvolvimentista e sua utilidade para os casos brasileiro e argentino. Revista de Sociologia e Política, v. 22, dez. 2014.
- PRADO JÚNIO, Caio. História Econômica do Brasil. 43. ed. Taubaté: Brasiliense, 2012.
- PIKETTY, Thomas. O Capital no Século XXI. 1. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.
- REI, José Anijar Fragoso. Benefícios fiscais de ICMS para a efetivação de direitos fundamentais. 2017.
- SANCHES, Lana TÁCILA. Impactos socioeconômicos provenientes da aplicação dos recursos do FNO na região amazônica de 2007 a

2012. Trabalho de Conclusão de Curso, Fundação Universidade Federal de Rondônia, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: REIS, Jorge Renado; Leal, Rogério Gesta (orgs.). Direitos Sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008.

SEN, Amartya. Desenvolvimento com liberdade. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SIMPLÍCIO, Poliana Elizabete Teixeira. A evolução dos Fundos Constitucionais nas regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste do Brasil nos períodos de 2006 a 2016. Trabalho de Conclusão de Curso, Fundação Universidade Federal de Rondônia, 2017.

SMANIO, Gianpaolo Poggio e BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (orgs.). O Direito e as Políticas Públicas no Brasil. São Paulo, Atlas, 2013. pp. 1-62

TORRES, Heleno Taveira. Constituição financeira e o federalismo financeiro cooperativo equilibrado brasileiro. In Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico n. 5, mar./ago.2014, p.25-54.

ALCANCE E LIMITES DO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Gláucia Maria de Araújo Ribeiro

Mateus Almeida Lima

1. INTRODUÇÃO

O modelo de agências reguladoras no Brasil foi fruto de um intenso programa de desestatização e diminuição do tamanho do Estado, operado na década de 1990, em particular com o Programa Nacional de Desestatização, instituído pelo então Presidente Fernando Henrique Cardoso. As inúmeras agências criadas neste período serviram ao propósito de, além de reduzir o papel do Estado como agente interventor e o realocar em uma posição de agente regulador, introduzir uma nova forma de gestão estatal na economia, tirando do Poder Público a interferência direta nas áreas social e econômica, para uma regulação indireta, sob o manto do controle das agências.

Integrantes da Administração Indireta do aparato estatal, as agências reguladoras, como autarquias em regime especial que são, possuem um leque ampliado de prerrogativas que possibilitam a elas exercerem o controle e regulação das atividades com imparcialidade, eficiência e autonomia administrativa e financeira.

Além dessas características, elas também possuem o poder de editar normas regentes do ramo de atividade sobre o qual detêm o controle. Tais normas, de caráter técnico – científico, de observância obriga-

tória para o setor regulado, influenciam no controle da concorrência e dinâmica do mercado.

Pretende-se, com este estudo, averiguar qual o limite do poder normativo das agências reguladoras, e, em face do princípio da legalidade, responder de que forma elas poderão expedir normas sem invadir competência do Poder Legislativo.

De início, será explanado o contexto histórico sob o qual elas foram criadas, analisando-as sob a perspectiva do modelo norte-americano e depois o brasileiro. Após isso, serão listadas suas características, prerrogativas de poder público e, por fim, buscar-se-á o alcance e os limites de seu poder normativo em face da Constituição e do princípio da legalidade.

2. CONTEXTO HISTÓRICO

Pode-se dividir a história do mundo contemporâneo ocidental em três períodos razoavelmente distintos e com características bem definidas: O Estado liberal, surgido com as revoluções burguesas, notadamente na Inglaterra e na França; o Estado social, vindo a se expandir após os acontecimentos da crise de 1929 e da segunda guerra mundial, e, por conseguinte, o Estado neoliberal, ou era pós-moderna, advindo da crise de eficiência por que passou o *welfare state*.

O início da era moderna foi marcado pelo surgimento das revoluções de matriz liberal-burguesa, as quais tiveram seu nascimento em países europeus onde imperava o *ancien régime*, notadamente como sobredito, em países como França e Inglaterra, com a centralização do poder nas mãos do monarca, este com poderes ilimitados. Com o resultado dessas revoluções, deu-se início ao Estado de Direito, marcado pela legalidade, separação de poderes e sujeição da vontade do rei à vontade da Lei.

Com o processo de industrialização, o surgimento das necessidades sociais deu lugar a uma atuação – antes mínima – mais positiva no sentido de viabilizar as condições essenciais para que a sociedade pudesse desfrutar dos direitos sociais básicos, tais como saúde, moradia, educação e higiene. Tem-se aí uma remodelação da atividade estatal com o fim de garantir, agora como estado interventor, condições de

sobrevivência e dignidade aos que mais necessitavam. Passa-se, assim, do Estado liberal ao Estado social de direito, também designado *welfare state* (Estado do bem – estar social).

Como as necessidades são infinitas e os recursos escassos, haveria um momento em que o crescimento do tamanho do Estado não supriria o atendimento das demandas cada vez mais recorrentes.

No Brasil, em especial, como registra BARROSO (2002, p. 3), “O inchamento do Estado brasileiro é um processo contínuo de muitas décadas. A atuação econômica estatal, no Brasil, começa na década de 40, sob a inspiração da substituição das importações [...] Essa década assistiu à criação das primeiras grandes empresas estatais, a Companhia Siderúrgica Nacional, a Fábrica Nacional de Motores, a Companhia Vale do Rio Doce e a Companhia Hidrelétrica do São Francisco.”

Após a promulgação da Constituição de 1988 houve um intenso movimento em prol da redução do tamanho do Estado, nas mais diversas áreas, principalmente na econômica, com o fito de trazer para a iniciativa privada tarefas que antes eram da competência privativa das empresas estatais. Tal movimento, iniciado com as reformas implantadas na década de 90 e conhecido como desestatização, operou uma transformação no modo como os serviços públicos e a economia eram geridos até então, pois houve a mudança de eixo da iniciativa estatal para a iniciativa privada.

Entre as reformas implementadas, pode-se dividi-las em três grupos, a saber:

- 1) Abertura da economia ao capital estrangeiro, com as emendas constitucionais n. 6/1995, a qual revogou o art. 171 da CRFB, cuja redação conceituava o que era empresa brasileira de capital nacional e outorgava a elas privilégios de proteção, subsídios e benefícios especiais; alterou também o § 1º do art. 176 para determinar que a pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais de energia elétrica sejam feitas por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no país, na forma da lei, sem que essas empresas sejam controladas pelo capital nacional. Emenda constitucional n. 36/2002, com a possibilidade de participação

dos capitais nacional e agora também estrangeiro, nas empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens. O capital estrangeiro tem direito de participação até o limite de 30% nas referidas empresas, o que antes não era previsto.

2) Flexibilização dos monopólios estatais, com a promulgação da emenda constitucional n. 5/1995, a qual alterou o § 2º do art. 25 para permitir às empresas privadas a exploração dos serviços públicos locais de gás canalizado. Na redação anterior, a concessão somente poderia ser feita a empresa sob controle acionário estatal. Emenda constitucional n. 8/1995, a qual alterou o inciso XI do art. 21 para permitir a exploração, mediante autorização, concessão ou permissão, dos serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais. A redação anterior a esta emenda estipulava que a delegação destes serviços só poderia ser feita a empresa sob controle estatal.

3) Lei n. 8.031/1990, instituiu o PND (Programa Nacional de Desestatização), posteriormente substituída pela Lei n. 9.491/1997, a qual estipula, dentre outras medidas, os seus objetivos, podendo-se citar, de acordo com o seu art. 1º, a reordenação da posição estratégica do Estado na economia, a transferência à iniciativa privada de atividades indevidamente exploradas pelo setor público; a contribuição para a reestruturação econômica do setor público, especialmente através da melhoria do perfil e da redução da dívida pública líquida; a permissão para a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada; a contribuição para a reestruturação econômica do setor privado, especialmente para a modernização da infraestrutura e do parque industrial do país, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia, inclusive através da concessão de crédito.

É nesse momento que surgem as agências reguladoras, sobre as quais se passará a estudar agora, começando por sua implementação

nos Estados Unidos, E após isso, será feita a análise da introdução destas agências na arquitetura gerencial brasileira, especificando suas características.

3. AS AGÊNCIA REGULADORAS SOB A PERSPECTIVA NORTE-AMERICANA

As agências reguladoras surgiram nos Estados Unidos com uma peculiaridade um tanto específica e adequada ao modo como era gerida a economia no século XX. Após a recessão de 1929, o presidente Roosevelt adotou uma série de medidas interventivas com o objetivo de recuperar a economia do país, já que, com a crise, o Estado mostrava-se incapaz de reerguer-se pelos postulados do *laissez-faire*. As ideias do economista John Maynard Keynes, de uma maior intervenção estatal para ajudar a sair da crise, foram tomando forma, e é nesse contexto que nascem as agências reguladoras, para dar efetividade ao papel interventor do estado americano.

Dessa forma, tais agências foram constituídas com o fim de atuar na economia e na ordem social para corrigir as falhas que o mercado, até aquele momento, havia mostrado. Para atingir tal desiderato, as agências foram dotadas de algumas características, tais como: (i) Ampla discricionariedade técnica; (ii) Independência funcional dos seus diretores; (iii) Competências administrativas; (iv) Composição de conflitos de interesses entre os setores objeto de regulação (competência quase judicial); (v) Poder normativo (competência quase legislativa).

No modelo americano de agências reguladoras, há uma maior participação do cidadão na elaboração dos planos e atividades das agências, possibilitando, assim, a marca da legitimidade na tomada de decisões.

DI PIETRO (2015, p. 185) preconiza que, “Enquanto no sistema europeu-continental em que se inspirou o direito brasileiro, a Administração Pública tem uma organização complexa, que compreende uma série de órgãos que integram a Administração direta e entidades que compõem a Administração indireta, nos Estados Unidos toda a organização administrativa se resume em agências (vocábulo sinônimo de ente administrativo, em nosso direito), a tal ponto que se afirma que ‘o direito administrativo norte-americano é o direito das agências’” (cf. Eloisa Carbonell, 1996:22).”

Portanto, não há categoria de institutos no direito administrativo americano que não passe pela estrutura das agências reguladoras.

4. O MODELO BRASILEIRO

Com a desestatização operada no Brasil na década de 90, o país importou o modelo de agências norte-americano, adaptando-o às diretrizes e balizas do sistema jurídico pátrio.

Enquanto nos Estados Unidos as agências reguladoras foram criadas para dar efetividade ao sistema interventivo na área social e econômica, no Brasil ocorreu o inverso: é que, aqui, a sua implantação se deu em virtude da necessidade de diminuir o tamanho do Estado, permitindo conceder à iniciativa privada, através de concessões, permissões, autorizações e privatizações de empresas estatais, a execução dos serviços públicos, sem que isso implicasse tirar do Estado a titularidade de tais serviços, pois, assim como ocorreu em solo norte-americano, o Brasil passou a adotar o papel de Estado regulador. Mais adiante será explorado o conceito de regulação.

Nesse sentido, GUSTAVO BINENBOJM (2005, págs. 6/7) explica:

O contexto político, ideológico e econômico em que se deu a implantação das agências reguladoras no Brasil, durante os anos 1990, foi diametralmente oposto ao norte-americano. Com efeito, o modelo regulatório brasileiro foi adotado no bojo de um amplo processo de privatizações e desestatizações, para o qual a chamada reforma do Estado se constituía em requisito essencial. É que a atração do setor privado, notadamente o capital internacional, para o investimento nas atividades econômicas de interesse coletivo e serviços públicos objeto do programa de privatizações e desestatizações estava condicionada à garantia de estabilidade e previsibilidade das regras do jogo nas relações dos investidores com o Poder Público. De fato, enquanto nos Estados Unidos as agências foram concebidas para propulsionar a mudança, aqui foram elas criadas para garantir a preservação do *status quo*; enquanto lá buscavam elas a *relati-*

vizão das liberdades econômicas básicas, como o direito de propriedade e a autonomia da vontade, aqui sua missão era a de assegurá-las em sua plenitude contra eventuais tentativas de mitigação por governos futuros.

Foram criadas por lei uma série de agências no país, tais como: Agência Nacional de Energia Elétrica/ANEEL (Lei 9.427/1996), Agência Nacional de Telecomunicações/ANATEL (Lei 9.472/1997), Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis/ANP (Lei 9.478/1997), Agência Nacional de Saúde Suplementar/ANS (Lei 9.961/2000), Agência Nacional das Águas/ANA (Lei 9.984/2000), Agência Nacional de Vigilância Sanitária/ANVISA (por meio da MP 2.190-34/2001) Agência Nacional de Transportes Terrestres/ANTT, Agência Nacional de Transportes Aquaviários/ANTAQ (ambas criadas pela Lei 10.2332/2001), Agência Nacional do Cinema/ANCINE (MP 2.281-1/2001, posteriormente alterada pela Lei 10.454/2002), Agência Nacional de Aviação Civil/ANAC (Lei 11.182/2005) e Agência Nacional de Mineração/ANM (Lei 13.575/2017).

Em função de suas elevadas funções técnicas, tais agências são classificadas como autarquias em regime especial, integrantes da Administração indireta, atuantes nos setores da sociedade exigentes de um conhecimento técnico - científico que seja imune a intervenções políticas e de grupos de interesse, sob pena de ocorrer o risco de captura para atender ao interesses do setor regulado. Nesse aspecto, e considerando a complexidade das atividades do ramo controlado, citam-se como suas características no sistema administrativo brasileiro: independência administrativa, maior autonomia em relação à Administração Direta, autonomia esta financeira, administrativa e patrimonial, amplos poderes de fiscalização, definitividade de suas decisões, estabilidade dos dirigentes, impossibilidade de recurso hierárquico impróprio, largo poder normativo na área de sua atuação, etc.

A respeito da definitividade das decisões oriundas das agências reguladoras, esta prerrogativa deve ser melhor interpretada tendo-se em vista o sistema de jurisdição única vigente no Brasil, segundo o qual nenhuma lesão ou ameaça de lesão será excluída da apreciação do poder Judiciário. Portanto, em se tratando de decisões providas

das agências reguladoras, ainda que calcadas em sua discricionariedade técnica, caso violadoras de direitos fundamentais ou princípios caros ao Direito, o judiciário é o poder constitucionalmente legítimo a apreciar tais atos sob o prisma dos princípios da eficiência, da razoabilidade e da proporcionalidade, podendo inclusive anulá-los. DI PIETRO (2015, p. 199) sustenta entendimento análogo e vai além para dizer que, “Embora se reconheça aos órgãos administrativos, em função de sua especialidade, a possibilidade de estabelecer normas sobre aspectos técnicos da matéria que lhes é afeta, não se pode, *a priori*, excluir esses aspectos do controle judicial. Na medida em que se reconhece, sem qualquer controvérsia, a possibilidade do Judiciário examinar matéria de fato, por mais técnica que seja, e na medida em que é perfeitamente possível o abuso de poder, o arbítrio, o erro, a culpa, no estabelecimento de critérios técnicos.” Logo, o atributo da definitividade das decisões das agências reguladoras deve ser lido de forma parcimoniosa e relativa.

As demais prerrogativas não destoam tanto de uma autarquia comum. No entanto, e há uma profícua discussão na doutrina a respeito do tema, a questão do poder normativo atribuído a elas merece um estudo mais detido, tendo em vista o alto grau de discricionariedade técnica do qual tais agências são dotadas. A questão que se põe é: Podem as agências reguladoras, sob o pretexto de regular as atividades sob sua supervisão e controle, inovar na ordem jurídica sem afrontar princípios caros ao ordenamento nacional, como o da legalidade? É o que se buscará responder adiante.

5. REGULAÇÃO E REGULAMENTAÇÃO. UMA SONORA DISTINÇÃO

A atividade de regulação no Brasil surgiu com as agências reguladoras e a redefinição do papel do estado nas políticas públicas e na condução da economia. Para DI PIETRO (2015, p. 192), no sentido amplo, regular significa “estabelecer regras, independentemente de quem as dite, seja o Legislativo ou o Executivo, ainda que por meio de órgãos da Administração direta ou indireta. Nesse sentido, a regulação é gênero de que a regulamentação é espécie; ou seja, a regulação abrange, inclusive, a regulamentação, como ato normativo de competência

exclusiva do Chefe do Executivo.” A partir daí, a ilustre professora conceitua regulação como sendo o “conjunto de regras de conduta e de controle da atividade econômica pública e privada e das atividades sociais não exclusivas do Estado, com a finalidade de proteger o interesse público”.

REZENDE OLIVEIRA (2018, p. 91) aduz que, “No Brasil, especialmente a partir da década de 1990, reforça-se a ideia de uma regulação estatal, exercida pelas denominadas agências reguladoras, entidades que encontrariam em suas mãos poderes normativos, administrativos e judicantes. Continua o referido Autor para concluir que a regulação, ainda que represente uma forma de intervenção (indireta) estatal na economia, não se refere à atuação empresarial do Estado (intervenção direta). Em verdade, na regulação, o Estado retira-se da intervenção econômica e passa a organizar as relações sociais e econômicas. Não se trata, todavia, de simples adoção de uma postura passiva de poder de polícia (na modalidade fiscalizatória), mas sim de uma postura ativa na imposição de comportamentos aos mercados que serão regulados.”

Assim, a atividade regulatória abrangeria o estabelecimento de regras, controle e fiscalização das atividades objeto da regulação, possibilitando a aplicação de sanções, visando ao equilíbrio do sistema e à lealdade da concorrência, com o objetivo precípua de atender a finalidade estritamente de interesse público.

É importante destacar que a regulação não se confunde com o poder regulamentar, este exercido pela Administração Pública, notadamente o chefe do Poder Executivo, encontrando respaldo no texto constitucional, o qual, em seu artigo 84, inciso IV, preceitua competir privativamente ao Presidente da República sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução. Esses são os chamados regulamentos executivos, ou regulamentos de execução, espécies do gênero poder normativo, regulamentos estes que servem para dar fiel cumprimento a uma lei anterior. O regulamento de execução se prende à lei objeto de complementação, não podendo, a pretexto de regular as matérias nela contidas, estabelecer direito novo, ou criar obrigações que extrapolem os contornos previstos no próprio corpo normativo, até porque ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Só a lei pode criar

direitos ou obrigações, e o que passar disso é arbítrio, sendo passível de controle pelo poder judiciário. Nota-se, portanto, a natureza secundária, derivada dos regulamentos de execução, pois dependem de uma lei carecedora de regulamentação, subordinam-se a ela como atos subalternos, e a própria lei, por conseguinte, define os seus contornos. É o que preceitua CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (2019, p. 371) quando afirma que “a precisão aportada pela norma regulamentar não se propõe a agregar nada além do que já era *comportado* pela lei, mas simplesmente inserir caracteres de exatidão ao que se achava difuso na embalagem legal.”

Podemos inferir que a esfera de discricionariedade concedida à Administração Pública para expedir regulamentos é estritamente limitada ao que a lei estabelecer. Não pode o executivo ir aquém ou além da lei, não pode definir situações nela não previstas, sob pena de abuso de poder e consequente anulação do ato resultante da competência regulamentar. A discricionariedade vai até aonde a lei permitir, tratando-se de uma discricionariedade vinculada aos ditames normativos previstos em lei e dela não pode a Administração se afastar.

É oportuno indagar se os demais órgãos e entidades da Administração Pública, tal qual o chefe do Executivo, possuem poder normativo, no sentido de regulamentar normas nas áreas afeitas a sua competência, a exemplo das agências reguladoras. Possuiriam elas a competência para regulamentar normas, baixando atos normativos relativos a sua área de controle e fiscalização, sob o pretexto de se estar exercendo atividade regulatória?

A respeito do tema do poder regulamentar e os graus a ele atribuídos, nesse sentido, oportuno colacionar entendimento doutrinário de JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO (2018, p. 58) argumentando que “existem graus diversos de regulamentação conforme o patamar em que se aloje o ato regulamentador. Os decretos e regulamentos podem ser considerados como *atos de regulamentação de primeiro grau*; outros atos que a eles se subordinem e que, por sua vez, os regulamentem, evidentemente com maior detalhamento, podem ser qualificados como *atos de regulamentação de segundo grau*, e assim por diante.”

Por conseguinte, a despeito de a Constituição prever a competência regulamentar ao chefe do Executivo para fiel execução das leis, cabe

também ao Estado, conforme preceitua o artigo 174, as funções reguladoras e normativas, podendo-se falar a ideia de uma *descentralização do poder regulamentar* para os órgãos e entidades do aparato estatal, imbuídos de funções técnicas, científicas, norteadoras da atividade objeto de sua regulação. Defende-se aqui, pois, às agências reguladoras, o poder normativo para editar normas de caráter técnico, com fundamento nas leis que as instituíram e também na própria Constituição Federal. Os limites deste poder serão discutidos mais adiante.

A CRFB elenca, em seu art. 174 que o Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica, exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. Evidente que as chamadas agências reguladoras, tais quais foram criadas no Brasil, editam atos normativos, inferiores à lei que as instituiu, como resoluções, portarias e demais normas para bem assim desempenhar suas funções regulatórias, de controle da atividade econômica, de equilíbrio da concorrência e limitação de monopólios. Mas a questão que se coloca é se, uma vez que a Constituição atribuiu ao Estado as funções normativas e reguladoras das mais variadas atividades de interesse público, e sabendo indelegável a competência regulamentadora do chefe do poder executivo, excetuada a hipótese do art. 84, VI, 'a', da Constituição, o que sobra a tais agências no que concerne a poderes normativos, para exercerem suas prerrogativas, sem invadir a área de competência legiferante atribuída ao legislativo? Esta questão torna-se mais relevante no tocante à elevada carga de manejo técnico e científico, da qual as agências possuem e que, por sua vez, é desprovido o legislativo para criar normas técnicas com um teor analítico de cientificismo, e sabendo ainda que as leis sujeitas ao processo legislativo, devido ao rito previsto na constituição, correm o risco de não acompanharem as mudanças na dinâmica da tecnologia.

É necessário, pois, a fim de regular, com maior detalhamento técnico e preciso, atento às repentinas mudanças tecnológicas, tais atividades, e mais, que a competência para esta função regulatória seja atribuída a quem tem o conhecimento técnico-científico necessário para bem desempenhar as funções de fiscalização, normatização e elaboração de regras em cada setor, quais sejam as próprias agências

reguladoras. Porém, uma vez que se reconhece a sua poder de elaborar normas de caráter técnico, que incidirão sobre o ramo de atividade objeto de regulação, tal poder não é ilimitado, encontrando limites na própria Constituição e também na lei instituidora da agência reguladora. Ainda, como se trata de entidades pertencentes à Administração Direta, a elas se aplicam os princípios que regem a Administração Pública, a exemplo da eficiência e da moralidade. Além disso, estão sujeitas, como qualquer outra entidade de direito público, ao controle finalístico de sua atuação, controle também realizado pelos tribunais de contas e também pelo próprio poder judiciário.

Resta saber, diante do princípio da legalidade, qual o alcance destas normas reguladoras, e também os seus limites de aplicação. É o que se passará a ver.

6. ALCANCE DAS NORMAS EDITADAS PELAS AGÊNCIAS REGULADORAS

A Constituição brasileira, em seus artigos 21, XI e 177, § 2º, III, estabeleceu, no âmbito da União, a criação de um órgão regulador nas atividades, respectivamente, de telecomunicações (ANATEL) e petróleo e gás (ANP). Há, nesses artigos, a menção a um “órgão regulador”, que regularia as atividades de cada setor, nos termos da lei.

Trata-se das duas únicas agências com previsão na Constituição da República, a qual outorgou a competência reguladora na área de sua atuação. As demais foram criadas por legislação infraconstitucional, a qual estabelece sua organização e funcionamento, além de atribuir-lhes competência para expedir atos regulamentares. Cite-se como exemplo a Lei n. 9.427/1995, que criou a ANEEL, em seu artigo 3º, I estipula o para ela “implementar as políticas e diretrizes do governo federal para a exploração da energia elétrica, o aproveitamento dos potenciais hidráulicos, expedindo os atos regulamentares necessários ao cumprimento das normas estabelecidas pela Lei n. 9.074/95.” Veja-se, pois, que a própria Lei, ao criar a agência, atribui-lhe a competência normativa para tratar dos aspectos técnicos no que concerne à área de sua competência. Porém, e é importante destacar, que tais atos, como atos normativos, subordinam-se à Lei, devendo-se ater estritamente

ao estabelecido na lei criadora, e aqui encontramos um primeiro óbice ao estabelecimento de normas regulatórias. A lei, uma vez que cria a agência, deve impor *standards*, parâmetros finalísticos, os quais servirão de baliza mestra para que a agência bem possa expedir seus atos normativos em consonância com tais parâmetros.

Nesse sentido é o entendimento de EGON BOCKMANN MOREIRA (2013, p. 7) para quem “Este dever-poder normativo atribuído às agências, portanto, decorre de autorização legal e nada obstante os atos dele decorrentes deterem força normativa, isto não significa que estejam num mesmo nível hierárquico da lei. Os regulamentos das agências reguladoras são norma, e por isso vinculam os agentes regulados. Contudo, visam a cumprir a lei – e não a substituí-la.”

GUSTAVO BINENBOJM (2005, p. 10) aduz que “A circunstância de as agências reguladoras gozarem de um acentuado grau de autonomia não tem o condão de subverter a clássica hierarquia existente entre atos legislativos e atos administrativos. Em última análise, todo e qualquer ato emanado de órgãos ou entidades da Administração Pública está sujeito ao princípio da legalidade, inscrito no art. 37, *caput*, da Constituição da República.”

Portanto, a lei é o primeiro limite à atuação normativa das agências reguladoras. Além disso, como sobredito, as agências subordinam-se, em toda a sua atuação, aos princípios que regem a Administração Pública, como a legalidade, eficiência e a moralidade administrativa.

Com relação ao princípio da legalidade, e a sua releitura por parcela da doutrina, é oportuno mencionar tese que vem ganhando simpatizantes no direito brasileiro, a *deslegalização*, introduzida no Brasil pelas lições do ilustre doutrinador DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO (2014, p. 34), o qual, em sua obra de Direito Administrativo, traça-lhe as estruturas, para quem

As casas legislativas abrem um espaço normativo, quase sempre de natureza técnica, em que elas se demitem da função de criar certas normas legais para que outros entes, públicos ou privados, o façam, sob os limites e controles por elas estabelecidos, no exercício da competência implícita no *caput* do art. 48 da Constituição.

Para o referido Autor, a deslegalização operaria uma transferência de certas matérias, notadamente de ordem técnica, do domínio da lei para o domínio do regulamento, sem especificar a lei deslegalizadora o conteúdo material do que estabeleceria a lei deslegalizada.

No âmbito das agências reguladoras, a tese da deslegalização traria para elas um amplo poder normativo de elaboração de normas, com ampla discricionariedade técnica, podendo inclusive revogar a legislação anterior com ela incompatível. Trata-se, a nosso ver, de entendimento que merece cuidado em sua aplicação, pois o princípio da legalidade é a pedra de toque do Estado de Direito, pelo qual ninguém pode fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei aprovada pelo Legislativo e mediante rito previsto na constituição. A tese da deslegalização autoriza um leque muito abrangente de discricionariedade às agências, a tal ponto de inclusive transpassar as normas legais editadas pelo Legislativo, o qual é o representante da soberania popular.

Como dito, a competência normativa das agências é para o estabelecimento de normas de caráter técnico, nos limites da lei que as instituiu, e devendo obedecer os *standards* previstos nesta lei, deles jamais se afastando, garantindo, assim, segurança jurídica àqueles que se sujeitarão a suas normas.

Além do mais, para que haja legitimidade em sua competência normativa, é de se esperar uma participação popular ativa em suas reuniões, deliberações e conselhos, com a finalidade de, quem for o alvo de sua regulação, possa de antemão saber o que será aprovado em termo de normas. Abre-se, assim, espaço para a participação por meio de audiências públicas, interpelações, tendo o cidadão a oportunidade de opor suas demandas, não apenas o setor regulado, para que não haja o risco de captura, e não haver o risco de as normas serem aprovadas com influência majoritária das empresas do referido ramo. Ao cidadão, verdadeiro detentor da soberania popular, deve ser dada ampla liberdade de participação, com a inclusão, na lei criadora da agência, desses mecanismos de controle popular.

7. CONCLUSÃO

Ao término deste estudo, concluímos que as agências reguladoras estão inseridas em um modelo de Estado regulador, que se deu

com um amplo processo de desestatização, com a consequente diminuição do tamanho do Estado em áreas nas quais anteriormente ele intervinha diretamente.

Concluimos também que as agências reguladoras, para bem servir ao propósito para o qual foram criadas, qual seja, a de regular a atividade sob sua supervisão, necessitam de prerrogativas que as tornem imunes a ingerências políticas e de interesses de grandes grupos econômicos. Prerrogativas como autonomia administrativa e financeira, definitividade relativa de suas decisões, mandato fixo de seus dirigentes e diretores e poder normativo para elaborar normas de observância obrigatória para o setor regulado.

Em se tratando do seu poder normativo, objeto deste trabalho, chegamos à conclusão de que não se trata de um poder ilimitado, encontrando suas balizas na lei de criação da agência, que serve como parâmetro de *standards*, os quais ela deve seguir. As normas emanadas devem possuir um caráter estritamente técnico e serem colocadas à disposição dos cidadãos para controle e participação popular antes de sua aprovação, e não apenas participação dos grandes grupos empresariais que serão objeto de regulação. Só assim possibilita-se a legitimidade de sua função normativa em consonância com a Constituição e o princípio da legalidade.

8. REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. *Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46445>. Acesso em: 22 mar. 2020.
- BINENBOJM, Gustavo. *Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil*. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43622/44699>. Acesso em 21 mar. 2020.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e Outras Formas*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

LEI n. 8.031, DE 12 DE ABRIL DE 1990. Cria o Programa Nacional de Desestatização, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8031.htm. Acesso em 22 mar. 2020.

LEI n. 9.427, DE 26 DE DEZEMBRO DE 1996. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9427cons.htm . Acesso em 22 mar. 2020.

LEI n. 9.491, DE 09 DE SETEMBRO DE 1997. Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei n. 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9491.htm>. Acesso em 22 mar. 2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 34. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 99, de 14.12.2017. – São Paulo: Malheiros, 2019.

MOREIRA, Egon Bockmann e CAGGIANO, Heloísa Conrado. *O poder normativo das agências reguladoras na jurisprudência do STF – Mutação constitucional do princípio da legalidade?* Disponível em: https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4222896/mod_resource/content/1/moreira%2C%20egon%20bockmann%3B%20caggiano%2C%20heloisa%20conrado%20-%20o%20poder%20normativo%20das%20ag%C3%Aancias%20....pdf . Acesso em 23 mar. 2020.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Forense, 2009.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Organização Administrativa*. 4. ed., rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

REGIME DE RECUPERAÇÃO FISCAL E ABUSOS FEDERATIVOS

Christiane Costa Assis

Caio Flávio Fernandes Santos

1 INTRODUÇÃO²⁰

O presente artigo tem como objetivo analisar a interferência da União na autonomia dos Estados por meio do Regime de Recuperação Fiscal (RRF) que visa reequilibrar a conta dos Estados-membros brasileiros. Para tanto, o artigo adota o método hipotético-dedutivo, apontando como problema de pesquisa a seguinte pergunta: “o Regime de Recuperação Fiscal possibilita que a União interfira na autonomia dos entes federados?” Como hipótese o trabalho adota a resposta afirmativa para a pergunta formulada e pretende comprová-la por meio da análise das exigências do RRF e também do grau de adesão das 27 (vinte e sete) unidades federativas brasileiras. Como técnica de pesquisa adotou-se a pesquisa documental em face das leis que regulamentam o Regime de Recuperação Fiscal e pesquisa bibliográfica a partir de fontes secundárias devidamente referenciadas no trabalho.

Inicialmente o artigo tecerá considerações sobre o funcionamento do federalismo, destacando-se as disposições constitucionais pertinentes, especialmente em face da autonomia dos Estados-membros.

20 Este artigo é resultado das pesquisas desenvolvidas no Grupo de Pesquisa “Crise Federativa e Narrativas Democráticas” da Universidade Estadual de Minas Gerais (UEMG), Unidade Diamantina, coordenado pela Professora Christiane Costa Assis.

Em um segundo momento, apresentar-se-á o Regime de Recuperação Fiscal, apontando-se o contexto de sua origem, seus princípios, instrumentos de execução, requisitos, vedações e supervisão. Por fim, apresentar-se-á a situação da adesão ao RRF por parte dos Estados-membros acompanhada de considerações sobre o caminho aberto pelo RRF para interferências governamentais.

2 A AUTONOMIA DOS ENTES FEDERADOS BRASILEIROS

O federalismo brasileiro, inspirado pela experiência norte-americana, tinha em sua lógica estrutural a necessidade de os Estados abdicarem de sua soberania em prol do Estado Federal. Adotou-se uma interdependência entre os Estados-membros e a União, tornando possível a existência da autonomia de cada um dos entes federados, sendo esta uma condição de estabilidade da própria federação. Nesse contexto, “adotou-se a contradição dialética que sustenta o federalismo: descentralizou-se, para se manter a unificação” (QUINTILIANO, 2012, p.18).

O Estado federal é o resultado da junção de duas ordens jurídicas parciais, sendo elas a União e os Estados-membros que, por aglutinação, formam uma única ordem jurídica (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018, p. 933). Inicialmente, os Estados-membros tinham sua formação assentada de forma indissociável em uma autonomia formal. Entretanto, o Estado moderno adquiriu maior robustez pelo notável avanço do intervencionismo e, nesse sentido, as revoluções sociais da primeira metade do século XX e a instabilidade nas relações políticas globais desembocaram em uma centralização de poder (QUINTILIANO, 2012, p. 18).

O federalismo se apoia na salvaguarda da diversidade histórica e na individualidade, na proteção às minorias e no resguardo da liberdade (BARACHO, 2000, p. 45/46). Além disso, fortalece e impulsiona a democracia, tornando a participação democrática mais abrangente buscando sua eficiência e sendo, ainda, uma de suas justificativas (BARACHO, 2000, p. 45/46).

Na Federação, portanto, todos os entes, assim como o ente central, constituem pessoas políticas autônomas (política e financeiramente) que recebem poderes diretamente da Constituição, não havendo relação de subordinação alguma entre eles. Em resumo, observa-se que no modelo federativo ocorre uma discriminação constitucional das competências dos membros desta federação, bem como das rendas que possibilitarão a consecução de suas finalidades (TOLEDO; BARROS, 2018. p. 1).

Apontam-se como características de uma federação a soberania, a necessidade de uma Constituição Federal na qual sejam definidos os entes federativos e garantia a sua respectiva autonomia, a existência de pelo menos dois níveis federativos – a União e os Estados-membros –, a abertura para a atuação dos Estados-membros no desempenho e formação da vontade federal e a vedação de dissolução do pacto federativo pela impossibilidade do exercício do direito de secessão pelos entes federados (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018, p. 936/937).

Quanto à análise da formação da federação, é possível classificá-la em centrípeta e centrífuga. A primeira se caracteriza por um movimento “de fora para dentro”. Nessa hipótese, os Estados soberanos renunciam sua soberania em prol de uma unidade central, passando a serem dotados apenas de autonomia – o exemplo clássico desse movimento são os Estados Unidos. Já o movimento centrífugo se inicia com um Estado Unitário que sofre processo de afastamento do centro organizacional seguido de uma ruptura. Do antigo Estado Unitário surgem esferas decisórias e autônomas, sem que essas percam a compreensão de unidade (TOLEDO; BARROS, 2018, p.1). Como exemplo do movimento centrífugo aponta-se a federação brasileira, que pela Constituição Política do Império do Brasil de 1824, nasceu como Estado Unitário (BRASIL, 1824).

O poder conferido aos entes federativos não pode ultrapassar os limites estabelecidos pela Constituição que instituiu o pacto federativo e, assim sendo, nenhum ente poderá renunciar sua autonomia e nem abusar dela. Nesse contexto insere-se o instituto da intervenção previsto no art. 34 da Constituição Federal de 1988 que visa à conservação da conjuntura federativa em face de práticas abusivas e também evitar a

negligência dos entes em face de suas obrigações constitucionalmente estabelecidas. Trata-se de medida excepcional, com hipóteses taxativas e procedimento constitucionalmente estabelecidos, na qual se permite que um ente intervenha em outro imediatamente inferior no intuito de salvaguardar a federação e próprio Estado.

Os entes federados da República Federativa do Brasil estão previstos nos arts. 1º e 18 da Constituição Federal de 1988, sendo eles a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Da associação entre eles origina-se o Estado brasileiro de forma permanente, não havendo possibilidade de sobrevivência do “todo” na ausência das “partes” (QUINTILIANO, 2012, p. 157). Ressalte-se ainda que a autonomia constitucionalmente prevista para os entes federados brasileiros engloba a autonomia política, administrativa e financeira.

Por disposição do art. 41 do Código Civil, os entes federados são pessoas jurídicas de direito público interno (BRASIL, 2002). Entretanto, a União ainda possui natureza jurídica de pessoa jurídica de Direito Internacional, representando toda a República Federativa do Brasil no plano internacional. No âmbito interno, a Constituição Federal de 1988 lhe conferiu competência material comum (art. 23), competência legislativa concorrente (art. 24), competência material exclusiva (art. 21), competência legislativa privativa (art. 22) e ainda competência tributária (art. 153).

Aos Estados-membros a Constituição de 1988 assegurou, além das já mencionadas competências material comum e legislativa concorrente, a competência legislativa e material residual (art. 25, §1º) reservando-lhes as competências que não lhes sejam vedadas pelo texto constitucional. Destaque-se ainda a competência legislativa para auto-organização (art. 25, caput) que evidencia o Poder Constituinte Derivado Decorrente dos Estados-membros e a competência tributária (art. 155).

Para os Municípios, terceira esfera da federação brasileira, a Constituição de 1988 distribuiu a competência material comum (art. 23) e permitiu que eles suplementem a competência legislativa concorrente inclusive legislando em interesse local (art. 24 c/c art. 30, incisos I e II). Além disso, os Municípios possuem competência material privativa (art. 30, incisos III ao IX), competência legislativa para auto-orga-

nização por meio de lei orgânica (art. 29, caput) a ainda competência tributária (art. 156).

Por sua vez, o Distrito Federal acumula as competências dos Estados e dos Municípios (art. 30, § 1º), rege-se por lei orgânica e não pode ser dividido em Municípios (art. 32). Embora seja um ente federado, a Constituição de 1988 determinou que parte de sua autonomia seja tutelada pela União – cite-se como exemplo a competência da União para organizar e manter o Poder Judiciário e o Ministério Público do Distrito Federal (art. 21, inciso XIII).

3 O REGIME DE RECUPERAÇÃO FISCAL (RRF)

O Regime de Recuperação Fiscal (RRF) configura uma resposta da União para a crise financeira vivenciada por Estados-membros, em especial o Rio de Janeiro, Minas Gerais e o Rio Grande do Sul. O Rio de Janeiro foi o Estado que sofreu os maiores impactos da mudança de critérios para o repasse dos royalties de petróleo em 2012, uma vez que consiste em polo de produção deste recurso natural. Entretanto, para ele e demais Estados-membros o fator determinante para o descontrole das contas públicas foram os investimentos em infraestrutura durante os eventos esportivos do ano de 2016, em especial as Olimpíadas.

Em 19 de maio de 2017, sem vetos presidenciais, foi sancionada a Lei complementar nº 159/2017, que instituiu o Regime de Recuperação Fiscal dos Estados e do Distrito Federal, “[...] criado para fornecer aos Estados com grave desequilíbrio financeiro os instrumentos para o ajuste de suas contas” (TESOURO NACIONAL, 2020).

De acordo com o RRF, o desequilíbrio financeiro é considerado grave quando a receita corrente líquida (RCL) anual do Estado é menor do que a dívida consolidada ao final do último exercício; o somatório das suas despesas com pessoal, juros e amortizações seja igual ou maior que 70% da RCL e o valor total de obrigações seja superior às disponibilidades de caixa. Só poderá aderir ao RRF o Estado que cumprir esses três requisitos de entrada (TESOURO NACIONAL, 2020).

O Regime de Recuperação Fiscal se apoia nos princípios da sustentabilidade econômico-financeira, da transparência das contas públicas, da isonomia intergeracional, da segurança nas demonstrações financeiras, da diligência quanto às decisões e da interdependência solidária entre os Poderes e os órgãos da administração pública (BRASIL, 2017c, art. 1º, § 1º). O Regime:

[...] envolve a ação planejada, coordenada e transparente de todos os Poderes, órgãos, entidades e fundos dos Estados e do Distrito Federal para corrigir os desvios que afetaram o equilíbrio das contas públicas, por meio da implementação das medidas emergenciais e das reformas institucionais determinadas no Plano de Recuperação elaborado previamente pelo ente federativo [...] (BRASIL, 2017c, art. 1º, § 2º).

Ao Estado-membro que desejar aderir ao RRF caberá a elaboração do Plano de Recuperação formado por lei ou por conjunto de leis próprios, por diagnóstico em que se reconhece a situação de desequilíbrio financeiro e pelo detalhamento das medidas de ajuste, com os impactos esperados e os prazos para a sua adoção (BRASIL, 2017c, art. 2º). Referido Plano, cujo prazo não poderá ultrapassar 36 (trinta e seis) meses admitindo-se uma prorrogação pelo período não superior ao originalmente fixado (BRASIL, 2017c, art. 2º § 2º), deverá implementar medidas que autorizem a privatização de empresas dos setores financeiro, de energia, de saneamento e outros com vistas à utilização dos recursos para quitação de passivos; a adoção pelo Regime Próprio de Previdência Social mantido pelo Estado, no que couber, das regras previdenciárias disciplinadas pela Lei no 13.135/2015; a redução dos incentivos ou benefícios de natureza tributária dos quais decorram renúncias de receitas instituídos por lei estadual ou distrital, de, no mínimo, 10% a.a. (dez por cento ao ano), ressalvados exceções apontadas na própria Lei Complementar; a revisão do regime jurídico único dos servidores estaduais da administração pública direta, autárquica e fundacional para suprimir benefícios ou vantagens não previstos no regime jurídico único dos servidores públicos da União; a instituição, se cabível, do regime de previdência complementar a que se referem os §§ 14,

15 e 16 do art. 40 da Constituição Federal; a proibição de realização de saques em contas de depósitos judiciais, ressalvados aqueles permitidos pela Lei Complementar no 151/ 2015, enquanto não houver a recomposição do saldo mínimo do fundo de reserva, de modo a assegurar o exato cumprimento do disposto na referida Lei Complementar; e a autorização para realizar leilões de pagamento, nos quais será adotado o critério de julgamento por maior desconto, para fins de prioridade na quitação de obrigações inscritas em restos a pagar ou inadimplidas (BRASIL, 2017c, art. 2º, § 1º).

Quanto às condições para adesão ao RRF, considera-se habilitado o Estado que atender cumulativamente aos seguintes requisitos: I - receita corrente líquida anual menor que a dívida consolidada ao final do exercício financeiro anterior ao do pedido de adesão ao Regime de Recuperação Fiscal, nos termos da Lei Complementar nº 101/2000; II - despesas liquidadas com pessoal, apuradas na forma do art. 18 da Lei Complementar nº 101/2000, com juros e amortizações, que somados representem, no mínimo, 70% (setenta por cento) da receita corrente líquida aferida no exercício financeiro anterior ao do pedido de adesão ao Regime de Recuperação Fiscal; e III - valor total de obrigações contraídas maior que as disponibilidades de caixa e equivalentes de caixa de recursos sem vinculação, a ser apurado na forma do art. 42 da Lei Complementar nº 101/2000 (BRASIL, 2017c, art. 3º).

O pedido de adesão do Estado-membro deve conter a comprovação de que a lei ou conjunto de leis que compõem o Plano de Recuperação está(ão) vigor, de que as privatizações de empresas estatais autorizadas gerarão recursos suficientes para a quitação de passivos conforme critérios definidos pelo Ministério da Fazenda e ainda de que cumprem os requisitos apontados (BRASIL, 2017c, art. 4º, § 1º).

O art. 8º da Lei Complementar 159/2017 apresenta vedações aos Estados enquanto durar a vigência do RRF, merecendo destaque a impossibilidade, em regra, de concessão, a qualquer título, de vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração de membros dos Poderes ou de órgãos, de servidores e empregados públicos e de militares; a impossibilidade de criação de cargo, emprego ou função que implique aumento de despesa; e a impossibilidade, em regra, de realização de concurso público (BRASIL, 2017c).

Por fim, convém destacar que a Lei Complementar 159/2017 determina a criação de um Conselho de Supervisão específico para o RRF, “[...] composto por 3 (três) membros titulares, e seus suplentes, com experiência profissional e conhecimento técnico nas áreas de gestão de finanças públicas, recuperação judicial de empresas, gestão financeira ou recuperação fiscal de entes públicos” (BRASIL, 2017, art. 6º). Referido Conselho será composto por: um membro indicado pelo Ministro de Estado da Fazenda, um membro, entre auditores federais de controle externo, indicado pelo Tribunal de Contas da União e um membro indicado pelo Estado em Regime de Recuperação Fiscal (BRASIL, 2017c, art. 6º, § 1º). É interessante ressaltar que embora a Lei Complementar 159/2017 afirme que as despesas do Conselho serão custeadas pela União (BRASIL, 2017c, art. 7º, § 1º), caberá ao Estado solicitante prover servidores, espaço físico no âmbito da secretaria de Estado responsável pela gestão fiscal, equipamentos e logística adequados ao exercício das funções do Conselho (BRASIL, 2017c, art. 7º, § 2º). Assim sendo, o Estado-membro encontrar-se-á na peculiar situação de investir recursos para reequilibrar seus recursos.

O Decreto nº 9112, de 28 de julho de 2017, determinou que até a criação do Conselho de Supervisão com a previsão orçamentária correspondente os membros deste poderão ser cedidos com ônus para a União e ficarão sob a coordenação do Ministério da Fazenda (BRASIL, 2017b, art. 1º). Além disso, os membros do Conselho farão jus ao recebimento de diárias ao se deslocarem a serviço da localidade onde têm exercício para o Estado em Regime de Recuperação Fiscal (BRASIL, 2017b, art. 1º, § 2º). Por fim, convém apontar que o Decreto nº 9.109, de 27 de julho de 2017, regulamentou a Lei Complementar 159/2017 detalhando as especificidades do Regime de Recuperação Fiscal (BRASIL, 2017a)²¹.

21 Um fluxograma com fases e prazos do Regime de Recuperação Fiscal está disponível no site: <<http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/602241/Fluxograma+-Completo+2x/3fe50e55-aa9d-4612-bb9c-815d083560f0?t=1501707289536>>. Acesso em: 31 mar. 2020.

4 O RRF COMO INSTRUMENTO DE INTERFERÊNCIA GOVERNAMENTAL

O Estado do Rio de Janeiro apresentou em setembro de 2017 o seu Plano de Recuperação Fiscal acompanhado de 39 anexos. O Estado obteve a homologação e atualmente encontra-se em vigor em seu território o RRF. (TESOURO NACIONAL, 2020). O Estado do Rio Grande do Sul apresentou Plano de Recuperação em novembro de 2017 acompanhado de 42 anexos. Atualmente o Plano encontra-se em análise sobre a documentação apresentada e do cumprimento de requisitos para habilitação (TESOURO NACIONAL, 2020).

O Estado de Minas Gerais manifestou formalmente à Secretaria do Tesouro Nacional seu interesse em aderir ao RRF em janeiro de 2019, entretanto ainda não protocolou seu Plano. É interessante ressaltar que atualmente o Estado de Minas Gerais possui Ações Cíveis Originárias em andamento no Supremo Tribunal Federal para evitar bloqueios de recursos pela União na renegociação de dívidas da Lei Complementar 156, de 28 de dezembro de 2016 (TESOURO NACIONAL TRANSPARENTE, 2019a). Referida Lei Complementar estabeleceu o Plano de Auxílio aos Estados e ao Distrito Federal, além de medidas de estímulo ao reequilíbrio fiscal (BRASIL, 2016). A proposta central do referido plano era alongar o prazo de pagamento da dívida dos Estados com a União em 20 anos (MINISTÉRIO DA FAZENDA, 2016).

O Estado de Goiás atualmente possui Ação Cível Originária contra a União que busca impedir execução de contragarantias contratuais e sua inscrição em cadastros federais como inadimplente de contratos de operação de crédito (TESOURO NACIONAL TRANSPARENTE, 2019b). O Estado de Goiás obteve liminar para permitir a retomada das negociações com a União e o posterior protocolo do pedido de ingresso no RRF com apresentação do Plano (TESOURO NACIONAL TRANSPARENTE, 2019b). Atualmente as informações prestadas pelo Estado de Goiás estão em análise pela Secretaria do Tesouro Nacional e o Plano ainda não foi protocolado (TESOURO NACIONAL TRANSPARENTE, 2019b).

Das 27 (vinte e sete) unidades federativas do Brasil, salta aos olhos o fato de que apenas uma delas – o Rio de Janeiro – tenha obtido suces-

so em aderir ao Regime de Recuperação Fiscal proposto pela União. A análise dos requisitos para a adesão e os impedimentos dela decorrentes evidenciam que, a pretexto de recuperar as contas públicas, o RRF viabiliza uma ingerência da União na autonomia dos Estados, impondo medidas que muitas vezes interferem inclusive no plano de governo dos gestores estaduais.

O RRF permite não apenas o controle financeiro dos Estados-membros por parte da União, mas também aponta para interferências de cunho político por viabilizar que pautas do governo federal sejam obrigatoriamente introduzidas nas esferas estaduais. Lado outro, o mesmo RRF impede a implementação de ações previstas nas pautas dos governos estaduais, promovendo um engessamento político e administrativo.

Ao repartir as competências entre os entes, a Constituição de 1988, notadamente, atribuiu uma maior quantidade de competências à União, sendo ela também o ente de maior arrecadação tributária. Assim sendo, o desenho institucional do federalismo brasileiro favorece que a União imponha seus interesses aos demais entes por meio diversos instrumentos. Legislações como o Regime de Recuperação Fiscal utilizam a lógica econômica e a fragilidade dos Estados-membros para reafirmar a tendência centralizante que marca a federação brasileira, enfraquece a autonomia dos Estados em todas as suas dimensões e permite um domínio governamental político, econômico e administrativo por parte da União.

Verifica-se, portanto, que o RRF consiste em um instrumento de interferência da União na autonomia dos Estados-membros que não se reveste dos requisitos constitucionalmente estabelecidos para uma intervenção, nos termos do art. 34 da Constituição de 1988. Embora o RRF se apresente com os trajes de uma lei que busca o equilíbrio, trata-se de um mecanismo que busca desequilibrar a federação brasileira centralizando o poder político, administrativo e econômico no governo federal.

4 CONCLUSÃO

O pacto federativo exige que os entes que dele participam sejam autônomos e adotem ações de cooperação e coordenação para um bom

funcionamento do Estado. Iniciativas que busquem reequilibrar as contas públicas são positivas, mas não podem servir de instrumento para ingerências que violem a autonomia constitucionalmente garantida.

O Regime de Recuperação Fiscal proposto pela União, embora objetive acudir financeiramente os Estados em desequilíbrio fiscal, possibilita imposições que ultrapassam o benefício a que se propõe. Ao servir de instrumento para obrigar os Estados a adotarem medidas que são pautas de governo no âmbito federal, o RRF possibilita não apenas a interferência financeira, mas também a interferência administrativa e política. Assim sendo, converte-se em um perigoso instrumento de homogeneização política que viola a autonomia constitucionalmente garantida aos Estados-membros.

O desempenho do federalismo brasileiro precisa acompanhar os limites e preceitos da Constituição Federal de 1988 e qualquer intervenção na autonomia dos entes federados deverá, obrigatoriamente, seguir as hipóteses e procedimentos nela estabelecidos. Nesse contexto, ao conter um refinado mecanismo de interferência da União nos Estados-membros, o Regime de Recuperação Fiscal se revela materialmente inconstitucional.

REFERÊNCIAS

- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- BRASIL. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 31 mar. 2020.
- BRASIL. (Constituição 1824). *Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 31 mar. 2020.
- BRASIL. (Constituição 1988) *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>_Acesso em: 31 mar. 2020.

BRASIL. *Decreto nº 9109*, de 27 de julho de 2017a. Regulamenta a Lei Complementar nº 159, de 19 de maio de 2017, que institui o Regime de Recuperação Fiscal dos Estados e do Distrito Federal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9109.htm>. Acesso em: 31 mar. 2020.

BRASIL. *Decreto nº 9112*, de 28 de julho de 2017b. Dispõe sobre a participação nos Conselhos de Supervisão de que trata o art. 6º da Lei Complementar nº 159, de 19 de maio de 2017, até a criação dos seus cargos em comissão e altera o Decreto nº 6.573, de 19 de setembro de 2008, que reduz as alíquotas da Contribuição para o PIS/PASEP e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS incidentes sobre a importação e a comercialização de álcool, inclusive para fins carburantes. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9112.htm>. Acesso em: 31 mar. 2020.

BRASIL. Lei Complementar nº 156, de 28 de dezembro de 2016. Estabelece o Plano de Auxílio aos Estados e ao Distrito Federal e medidas de estímulo ao reequilíbrio fiscal; e altera a Lei Complementar no 148, de 25 de novembro de 2014, a Lei no 9.496, de 11 de setembro de 1997, a Medida Provisória no 2.192-70, de 24 de agosto de 2001, a Lei no 8.727, de 5 de novembro de 1993, e a Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp156.htm>. Acesso em: 31 mar. 2020.

BRASIL. *Lei Complementar nº 159*, de 19 de maio de 2017c. Institui o Regime de Recuperação Fiscal dos Estados e do Distrito Federal e altera as Leis Complementares no 101, de 4 de maio de 2000, e no 156, de 28 de dezembro de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp159.htm>. Acesso em: 31 mar. 2020.

QUINTILIANO, Leonardo David. *Autonomia federativa: delimitação no Direito Constitucional brasileiro*. 321 f. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <<https://teses.usp.br/teses/dis>

poniveis/2/2134/tde-26082013-162030/pt-br.php >. Acesso em: 31 mar. 2020.

MINISTÉRIO DA FAZENDA. *Plano de Auxílio aos Estados e ao Distrito Federal*. 2016. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/apresentacoes/arquivos/2016/2016-03-21_01_plano-de-auxilio-aos-estados-e-ao-distrito-federal.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

TESOURO NACIONAL. *Regime de Recuperação Fiscal*. 2020. Disponível em: <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/gestao-da-divida-publica-federal?p_p_id=101&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_101_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_type=content&_101_urlTitle=regime-de-recuperacao-fiscal>. Acesso em: 31 mar. 2020.

TESOURO NACIONAL TRANSPARENTE. *Plano de Recuperação Fiscal do Estado de Goiás*. 2019b. Disponível em: <<https://www.tesourotransparente.gov.br/publicacoes/plano-de-recuperacao-fiscal-do-estado-de-goias/2019/30>>. Acesso em: 31 mar. 2020.

TESOURO NACIONAL TRANSPARENTE. *Plano de Recuperação Fiscal do Estado de Minas Gerais*. 2019a. Disponível em: <<https://www.tesourotransparente.gov.br/publicacoes/plano-de-recuperacao-fiscal-do-estado-de-minas-gerais/2019/30>>. Acesso em: 31 mar. 2020.

TOLEDO, Letícia Reis de Castro; BARROS, Marina Koehne de. Interseções entre o federalismo brasileiro e alemão: o compartilhamento de fundos públicos e a diminuição das desigualdades regionais. *Direito Público: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v.15, n.1, p. 163-174, jan./dez., 2018. Disponível em: <<http://www.advocaciageral.mg.gov.br/images/stories/downloads/revistajuridica/revistajuridica2008/2018-revista-age-artigo9.pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2020.

O FEDERALISMO, O PACTO FEDERATIVO E A CONSAGRAÇÃO DO PROGRESSO E INDEPENDÊNCIA DOS ESTADOS- MEMBROS CONCOMITANTE AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Leonardo Picolo Cauzim

1.0 INTRODUÇÃO

1.1 A Formação histórica do Estado Brasileiro: Das capitâneas ao Estado Democrático de Direito

A proposta principal deste trabalho é a reflexão sobre a problemática da estrutura do pacto federativo à brasileira, a má distribuição de recursos entre os entes federativos, a concentração destes recursos na união e como isto afeta diretamente no desenvolvimento pessoal, social e no princípio da dignidade da pessoa humana. Contudo, é preciso antes compreender o contexto histórico da formação do estado brasileiro, a oscilação de seu tamanho em sua capacidade elástica e a concretização da federação ao longo dos séculos.

O desenvolvimento do processo histórico da formação da estrutura política do Estado brasileiro revela um longo ciclo de centralizações e descentralizações. Na própria elaboração elementar de seu germe é notável a tendência de maior controle estatal. Degradante, contudo,

compreensível. O continental território era um atrativo para ameaças externas como a tentativa de domínio francês no Rio de Janeiro e holandês no nordeste assim como as ameaças internas de facções em formar novos estados moldadas pelos ideais republicanos como a Inconfidência Mineira ou Revolução Pernambucana que poderiam levar à guerra civil e anarquia; Bem alertado por José Bonifácio em sua carta que teve como consequência o processo de Independência do Brasil.

Temendo a dissolução do país em dezenas de republiquetas como ocorrido na América Espanhola em meio ao lamaçal de sangue das guerras de independência lideradas e simbolizadas por Simon Bolívar e San Martín, a constituição de 1824 garantiu a centralização do poder ao imperador Dom Pedro I, poder este caracterizado pela função moderadora no novo estado monárquico independente. Durante o período colonial o Brasil foi dividido administrativamente em capitanias, as quais foram transformadas em províncias em 1821.

Com a independência, a Constituição de 1824 manteve as mesmas divisas entre as províncias e não alterou os seus poderes. De fato, a Carta Magna previa que os governos das províncias seriam presididos por pessoas nomeadas pelo imperador e que todo cidadão tinha o direito de intervir nos negócios da sua localidade, nas câmaras dos distritos e no conselho geral da província. As câmaras dos distritos tinham a competência de gerir a economia dos municípios e os conselhos gerais das províncias tinham competência para aprovar normas específicas para gerir os negócios da província. Em 1831, Dom Pedro I abdica do trono em meio ao movimento das elites agrárias regionais conflituosas por sua ambição e o poderio do monarca que os colocava rédeas. A movimentação pela maior descentralização e a criação de um regime provincial continuou até que em 1834, por intermédio de Ato Adicional, foi aprovada a Lei n.º 16, de 12/8/1834, que emendou a constituição do império para criar uma Monarquia Representativa. Adaptando princípios federalistas, os conselhos gerais das províncias foram substituídos por assembleias legislativas, aumentando a descentralização do estado brasileiro, garantindo às províncias funções executivas e legislativas. Com o Golpe da República em 1889, os movimentos contrários à política do governo imperial foram definitivamente vitoriosos.

O governo provisório expediu o Decreto nº 1, de 15/11/1889, instituindo a federação, transformando as antigas províncias em estados membros e criando os “Estados Unidos do Brasil”. O governo provisório obrigou nos artigos 6º e 7º do Decreto n.º 1, de 1889, as antigas províncias transformadas em estados membros a integrar a nova federação. Posteriormente, a Constituição de 1891 trouxe no artigo 1º a República Federativa como forma de governo e a regra da união perpétua e indissolúvel dos estados membros. A carta também instituiu o patrimônio de cada unidade federativa e adotou na repartição constitucional de competências a técnica de poderes enumerados e reservados. Os poderes dos Estados membros em matéria tributária foram fixados na constituição, porém permitiu-se aos entes no artigo 65º exercer “todo e qualquer poder, ou direito que lhes não for negado por clausula expressa ou implicitamente contida nas clausulas expressas da Constituição”. A Carta de 1891 manteve a obrigação dos estados membros de formarem a federação brasileira, independentemente da vontade das populações locais, e previu, no artigo 6º, a possibilidade de intervenção da União nos entes federados para garantir à força a manutenção da federação.

Em 15 anos da Era Vargas, o centralismo retornou a princípio como governo provisório e depois Estado Novo, com a restrição da autonomia administrativa e política dos estados-membros em uma ditadura e governo de um homem só, caracterizando o estado fascista pelos anos 30 e 40. A Constituição de 1946 devolveu formalmente a autonomia administrativa e política aos Estados membros. Isso, no entanto, foi novamente afetado pelo Golpe Militar de 1964. A Constituição de 1967/1969 construiu um federalismo meramente nominal, pois a competência da União era de tal forma dilatada que pouco restava para os Estados federados. Sobre a Constituição de 1988, José Afonso da Silva escreve que a nova carta buscou resgatar o princípio federalista e estruturou um sistema de repartição de competências que tentou refazer o equilíbrio das relações entre o poder central e os poderes estaduais e municipais.

1.2 O conceito de federação

No modelo Federalista, o Estado é composto por diversos entes territoriais: Os Estados, reunidos por um sistema governamental

formando um Estado Federal, um Estado Único. Parte da autonomia política e administrativa é transferida ao ente federado, enquanto a soberania é conservada em mãos do Estado Federal, tendo como principal característica a descentralização. Essa visão “tridimensional”, ou de três níveis ao se abordar o fenômeno do federalismo se deve ao francês Charles Montesquieu, criador do termo “República Federativa”. Montesquieu em seus estudos buscou analisar profundamente os fatores que conferiam estabilidade a monarquia inglesa, o que lhe deu inspiração para elaborar a teoria da separação dos poderes ou equivalência dos poderes, estabelecendo como:

“[...] condição para o Estado de Direito, a separação dos poderes executivo, legislativo e judiciário e a independência entre eles. A equivalência consiste na ideia de que essas três funções deveriam ser dotadas de igual poder” (WEFFORT, 2011, p. 93).

Seguramente foi Montesquieu quem primeiro desenvolveu as bases do Federalismo, retratado em sua obra “O Espírito das Leis” ao abordar o conceito de República Federativa, muito embora o maior crédito seja destacado a Constituição dos Estados Unidos da América.

Falar em Estado Federal pressupõe a existência de uma lei máxima, uma constituição, que lhe institua e que assegure todas as características que lhe são devidas. Também deve ser considerado que há um relacionamento estreito entre a forma estrutural do Estado com os problemas que o governo possui, visto que, se há uma união entre vários entes, deve-se considerar a existência de objetivos comuns para o crescimento nacional de forma justa e proporcional a proporcionar um espaço para o desenvolvimento de todos os indivíduos. A partir disso, pode-se inferir que a União deve ser tida como o núcleo do Estado Federal, o que atribuiu ao marcante conceito de Federalismo a premissa da descentralização do exercício de poder político levado a uma ordem jurídica única que deve ser seguida.

Em outros termos, a descentralização se conceitua como uma repartição de poderes, ou seja, de um lado encontra-se a esfera federal (governo central) e de outro as unidades autônomas (estados-membros) que possuem relativa independência, autonomia, política, orga-

nizacional e, principalmente, financeira. Essa repartição de competências é a responsável pela determinação das matérias que incidirão em todo o território nacional, bem como em cada unidade federada (KELSEN, 1998).

Horta (1995) considera tal fato o ponto principal da estrutura do poder federal e, com efeito, essa descentralização garantiu a repartição de poderes entre os vários níveis e órgãos de competências que, por sua vez, possuem autonomia organizacional, político-administrativa e financeira.

Reis (2000, p. 22) asseverou o seguinte sobre o tema:

O que marca o conceito de descentralização é a ideia de uma estrutura jurídica única, mas pluralista, uma vez que a manifestação política no Estado dá-se, por excelência, pela capacidade para criar o direito e para organizar as instituições políticas segundo o sistema único positivado. Assim, a descentralização política define uma pluralidade de ordens jurídicas, ordenando-se e coordenando-se numa estrutura total, conformada por ordens jurídicas acopladas harmoniosa e complementarmente.

1.3 O federalismo à brasileira

No entanto, longe de resgatar o princípio federalista e antônimo do ideal federativo estadunidense, a Constituição de 1988 centralizou na União a maioria das competências, deixando aos estados e municípios o mínimo de poder executivo, legislativo, judiciário e administrativo de modo a ficarem subordinados à união e a Brasília em um arranjo esquemático do próprio pacto federativo. Com efeito, o rol dos artigos 21º e 22º é tão extenso que demonstra o centralismo e a pouca margem de mobilidade para os estados-membros. Além disso, o artigo 25º previu que os estados-membros “organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem”, observados os princípios da Constituição. Quanto a isso, a doutrina identifica dois tipos de normas presentes nas constituições estaduais, as de reprodução obrigatória e as de imitação. As normas de reprodução obrigatória são aquelas cuja inserção na constituição estadual é compulsória. Nesse caso, a tarefa do constituinte estadual limita-se a inserir aquelas normas no

ordenamento constitucional do estado-membro, por um processo de transplantação. Já as normas de imitação representam aquelas cujo conteúdo é idêntico às das regras constitucionais federais, mas não há obrigatoriedade de sua reprodução nas constituições dos estados-membros. Nesses casos, a adesão é voluntária. O problema reside no fato de que o conceito jurídico de norma de reprodução obrigatória é indeterminado e que a jurisprudência acaba por determinar no caso concreto. Segundo o Supremo Tribunal Federal (STF), os limites constitucionalmente estabelecidos para o poder constituinte estadual determinam que um núcleo central da Constituição Federal seja obrigatoriamente reproduzido na Constituição do Estado membro.

Além da forma federativa de estado, a Constituição Cidadã sob os anseios e aclamações da sociedade, buscando uma renovação perante as obscuridades do regime militar de vinte e um anos elaborou um documento que revela autêntica preocupação com o bem-estar social; na medida em que elencou um rol de direitos fundamentais sociais que colocam o Estado na obrigação de dar à sociedade o acesso à saúde, à educação, à previdência social, à moradia, ao trabalho, ao lazer, à segurança, dentre outros. Todavia, em que pese à distribuição de competências entre os entes federados definidos no texto constitucional, a realidade política e social brasileira está muito longe de respeitar os deveres federativos e os princípios sociais ara com todos os cidadãos.

Não obstante, a carga tributária brasileira é a mais pesada entre os países emergentes, inclusive, mais alta que países como Japão e Estados Unidos. Curiosamente, o fato dessa extraordinária arrecadação colocar o Brasil entre as dez maiores economias do mundo, o país ocupa a 79^a colocação no Índice Mundial de Desenvolvimento Humano – IDH. Frente a essa monstruosa arrecadação de um lado, e a ineficácia na concretização dos direitos fundamentais sociais de outro, constata-se a existência de uma barreira que obstaculiza a passagem dos recursos públicos àqueles que verdadeiramente têm a tarefa de executar referidos direitos.

Com efeito, a superação desse obstáculo revela-se de extrema essencialidade quando se pretende alcançar os anseios almejados pelo constituinte originário. Sob esse aspecto, o presente estudo objetiva analisar os reflexos do federalismo fiscal em seu pacto federativo, nos

direitos fundamentais, sociais, a dificuldade do rendimento, desenvolvimento e justiça fiscal perante as camadas municipais e estaduais.

2. MATERIAIS E MÉTODOS

Para a proposta foi utilizado como objeto de reflexão de forma analítica a bibliografia a respeito de direito constitucional e tributário, tendo como base a Constituição Federal de 1988, especificamente os artigos 5º e 6º que tratam a respeito dos direitos e deveres fundamentais e sociais e as dificuldades para efetivar esses direitos. Também trabalhado os artigos 20º a 26º que definem os bens e as competências da União, dos estados e municípios; além da análise dos artigos 155º a 158º, sobre os impostos, sua distribuição, a competência de legislar a respeito e a repartição das receitas tributárias.

Também é tido como objeto de estudo o conceito puro de federalismo que, através de conclusões como a de Montesquieu, Kelsen, Madison e de seu êxito nos Estados Unidos, comparando com o federalismo “à brasileira” analisando o longo processo construtivo de divisão de poderes e independência administrativa e política dos estados membros. Ao longo dos períodos da história do Brasil a oscilação de centralização de recursos e poderes na união afetou o desenvolvimento dos municípios e dos estados; restringindo liberdades, subordinando os indivíduos ao julgo federal, limitando a sensibilidade de democracia e impedindo a devida realização e efetivação dos direitos fundamentais e sociais. Podemos abordar e apresentar propostas de modo dedutivo baseado na análise de dados junto à práxis histórica que com a devida distribuição de funções políticas e administrativas entre os estados membros e descentralização de poder da união seria possível um triunfo para uma efetivação de tais direitos restringidos e esgotados pelo qual milhares pagam com a vida, a liberdade, o mínimo existencial e o bem-estar todos os dias.

3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

A descentralização do poder consiste na probabilidade maior de efetividade dos preceitos constitucionais, intrinsecamente relaciona-

do no que tange a materialização dos direitos fundamentais sociais, na medida em que aproxima as necessidades aclamadas pela sociedade dos detentores dos atributos e capacidade de realização desses direitos. Os norte-americanos nutriam um especial apreço por estados pequenos, os quais acreditavam serem mais bem administrados, assim como tinham desprezo pela monarquia e despotismo. Supunha-se que os direitos inalienáveis da liberdade e a busca da felicidade, a que se referia à declaração de independência, seriam mais bem protegidos por governos estatuais pequenos e locais (FARIAS, 1999).

Nesse sentido, afirma a doutrina “cada estado conserva sua soberania, liberdade e independência” (HAMILTON; MADSON; JAY 1993, p.11). A forma federativa de Estado reflete o esqueleto estrutural do Brasil, que encontra na descentralização do poder, e na autonomia dos entes federados, a sua espinha dorsal. Num plano teórico, a organização estrutural do Brasil na forma federativa deveria representar a diminuição do hiato existente entre ordem constitucional estabelecida e a realidade social, descentralizando o poder, dividindo as funções e colocando os agentes estatais frente aos problemas enfrentados pela sociedade.

A grande leva de recursos financeiros para o preenchimento do cofre público, fonte de aglomeração de capital e de onde são encaminhados os elementos econômicos necessários à materialização dos direitos fundamentais sociais é realizada através da arrecadação tributária. Por esta razão, o pacto federativo estabelecido pela Constituição Federal de 1988 anuncia o estabelecimento de uma autonomia tributária aos entes federados, a fim de impulsionar o crescimento socioeconômico do Brasil. Com efeito, a Carta Política brasileira institui competências tributárias, nos artigos 153º a 156º, outorgando à União, Estados, Municípios e Distrito Federal amplo poder legislativo para que, por meio de legislação infraconstitucional, discipline e elabore a matéria e a legislação tributária. Conforme trata os artigos 157º a 159º, a União entregará aos estados, aos municípios e ao Distrito Federal, parte da arrecadação de tributos de sua competência, através de repasses automáticos, ou através do Fundo de Participação dos Estados e Fundo de Participação dos Municípios. Há, também, a previsão de partição dos municípios nas receitas dos estados provenientes do Imposto Sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).

Portanto, o objetivo principal do “federalismo fiscal” consiste em organizar sistematicamente as finanças do país em harmonia com as características da federação. A viga-mestra deste desejável sistema tributário nacional tem por objetivo fornecer aos governos municipais, estaduais e distritais a suficiente autonomia tributária. Entretanto, o anacrônico e atual sistema de distribuição do produto da arrecadação tributária concentra a riqueza financeira nos cofres da União, impedindo a devida execução dos fins constitucionais, principalmente em relação aos direitos sociais. Na leitura atenta dos dispositivos constitucionais mencionados, a desigualdade entre a União e os entes federados é evidente. A soma dos impostos municipais com os impostos estaduais é notavelmente distante do número de impostos federais. Não obstante, ainda existem as contribuições instituídas pela União, que não necessitará dividir com os Estados, Municípios e Distrito Federal o produto da arrecadação.

Além disso, a desprezível porcentagem da arrecadação federal repassada aos governos regionais e locais não é satisfatória a ponto de garantir a esses governos autonomia suficiente para autogovernar-se, provocando abalos enfraquecedores na própria solidez do pacto federativo e, por consequência, na força normativa da Constituição. A Carta Magna ainda confere à União, através da competência residual, a possibilidade de criar de forma ilimitada novos impostos e contribuições; desde que por meio de legislação complementar e mediante o atendimento dos critérios ali estabelecidos sejam definidos novos fatos geradores e novas bases de cálculos distintas do previsto na Constituição.

Nessa linha, segundo Machado (2011, p. 29), o sistema de distribuição de receitas em vigor no Brasil: “tem o inconveniente de manter os Estados e os Municípios na dependência do Governo Federal, a quem cabe fazer a partilha das receitas tributárias mais expressivas”. A cláusula da reserva do possível, outro instituto jurídico importado do direito alemão corresponde, em sua essência, aos elementos da realidade, ao cenário fático capaz de influenciar a aplicação dos postulados jurídicos e a implementação de políticas públicas. Seguindo o magistério de Caliendo, (2009, p. 203) a reserva do possível é entendida como: “Limite ao poder do Estado de concretizar efetivamente direitos fundamentais a prestações”. Na esteira do que leciona Barcellos (2002, p.

236), “a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas”.

Assim, o fundamento racional da reserva do possível consiste na possibilidade ou não da administração pública financiar a materialização dos direitos sociais frente à escassez do objeto precípua desses direitos. Desse modo, a execução máxima dos direitos fundamentais sociais no quadro constitucional brasileiro está sob a reserva do possível “limite à realização dos direitos fundamentais, que comporta, pelo menos, duas dimensões: fática e jurídica” (KELBERT, 2011, p. 71).

A dimensão fática consiste na objeção da falta de recursos necessários à concretização dos direitos fundamentais, representando, neste sentido, o obstáculo da ausência do objeto nuclear desses direitos. Na lição de Caliendo (2009, p. 204), “a ausência total de recursos necessários para o atendimento de um direito a prestações impede faticamente o cumprimento da demanda social”.

Cumprir destacar que a referida ausência fática de recursos não se restringe essencialmente aos econômicos e financeiros, mas também, aos recursos humanos e materiais indispensáveis. Neste sentido, temos como exemplo a falta de escolas públicas e de professores para atender à demanda social e garantir o direito à educação. Para os que olham em uma visão razoável, simplória e persuadível tem por conceito que a justificativa da origem dessa situação seja a possível arrecadação incapaz de suprir as grandes necessidades perante a falta de recursos tendo como obstáculo o alto custo que os direitos sociais exigem para sua efetivação. Assim, não havendo recursos econômico-financeiros suficientes no cofre público, não haveria como dispor do objeto fático destes direitos para materializá-los, contudo, esta não é a realidade brasileira. Pesquisa divulgada pelo jornal “Folha de São Paulo” demonstra que, entre os anos de 2001 e 2010, a arrecadação brasileira cresceu 264,5%, quase o dobro da inflação, e mais de 16% acima do Produto Interno Bruto – PIB.

Não obstante, a carga tributária brasileira bateu recorde em 2012, chegando ao patamar de 36,27% do PIB. Além disso, dados divulgados pela revista *Veja* revelam que, entre os anos de 2000 e 2013, a carga tributária brasileira, per capita, cresceu 284,3%, ao passo que o PIB,

no mesmo período, cresceu 273,3%. O Estudo realizado pelo IBPT revelou que a carga tributária em 2013 foi quase o dobro dos demais países em desenvolvimento que compõem o BRICS, seja a Rússia, Índia ou China. Também pode ser constatado o dispêndio de aproximadamente 28 bilhões de reais extraídos do cofre público federal para a realização da Copa do Mundo em 2014, demonstrando a capacidade econômica e financeira da União. O Ministério da Fazenda publicou em “Estudos Tributários Carga Tributária no Brasil – 2017 (Análise por Tributo e Bases de Incidência)” que em 2017, a carga tributária apresentou aumento pelo terceiro ano consecutivo, atingindo o patamar de 32,43% do PIB, que no mesmo ano apresentou aumento real de 0,99% em relação ao ano anterior, alcançando R\$ 6,56 trilhões (valores correntes).

Portanto, é notável que a origem da problemática referente à impossibilidade de materialização dos direitos fundamentais e sociais não reside na arrecadação tributária insuficiente. Ocorre que, no atual sistema de distribuição de competências tributárias e do produto da arrecadação tributária, conforme demonstrado, a riqueza nacional fica concentrada nas mãos da União. É a ausência desta ponte de passagem de recursos entre a União e os entes federados que distancia o federalismo fiscal do pacto federativo, e, como reflexo lógico, consolida a barreira jurídica da reserva do possível, entretanto, nesse compasso, a realização dos direitos fundamentais sociais.

Consequência desse sistema unitarista e refratário é revelada pelo Índice de Retorno de Bem Estar à Sociedade – IRBES, estudo da relação da carga tributária e o retorno dos recursos à população em termos de qualidade de vida; demonstrando que entre os 30 países com a maior carga tributária do mundo, o Brasil é o que pior retorna esses recursos à sociedade. Podemos observar que hoje, no Brasil, a má distribuição da receita, principal reflexo do atual federalismo fiscal, obstaculiza e impede a materialização dos direitos fundamentais e sociais, corrompendo a ideia da reserva do possível, que deveria ser o pilar e objeto para o planejamento da relação entre o poder financeiro e distribuição das receitas e a efetivação do mínimo existencial e justiça social de forma a consagrar não só o desenvolvimento individual, mas também o de todos os entes federativos, que estão em constante desequilíbrio;

sendo notável o esgotamento de alguns municípios e estados enquanto outros crescem e são obrigados a repartir receitas para resgatar os menos favorecidos.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A democracia constitucional brasileira proclama a efetividade dos direitos fundamentais sociais como vetor e meta do progresso e desenvolvimento humano-social, constituindo numa categoria ético-jurídica que tem incondicionalmente os mais consagrados méritos de importância. A efetivação dos direitos fundamentais e sociais são estabelecidos na constituição e seu principal guardião e realizador é o Estado, de modo a arrecadar recursos econômico-financeiros e construir um organizado sistema institucional para solicitar e tornar realidade esses direitos materializados a todos.

Na análise de qual forma de estado seria melhor para a realização do bem estar social, foi optada pela federação, descentralizando o poder e, desta forma, redistribuindo os encargos sociais e atributos constitucionais aos governos municipais e estaduais, de modo a equalizar a tarefa estatal na realização das exigências constitucionais com benevolência e eficácia. Porém, junto aos elementos estruturantes do pacto federativo deveria estar o federalismo fiscal, que é a ideia da devida distribuição de recursos e independência financeira dos estados e municípios, pois a garantia de autonomia tributária é imprescindível para a fiel materialização daqueles direitos assegurados aos cidadãos e que hoje tem os recursos concentrados na União. Assim, a segurança jurídica de todo arcabouço constitucional pressupõe, juntamente com a descentralização dos encargos estatais, também a descentralização organizada e democrática de competências tributárias e do produto da arrecadação tributária. Neste ponto, encontramos uma latente desarmonia entre o federalismo fiscal e o pacto federativo e, portanto, o impasse da barreira da reserva do possível.

Afinal, a barreira fática da reserva do possível, observada e tratada como a indisponibilidade de recursos econômico-financeiros, na realidade brasileira, não é outra coisa senão o resultado da anomalia jurídica e federal que impede a passagem dos recursos existentes

aos detentores dos atributos constitucionais de realização dos direitos fundamentais sociais. Na relação entre o que é e o que deveria ser, a aliança federativa estabelecida no ideal constitucionalista não representa mais do que uma esperança à sociedade, uma ilusão. Não existe uma ligação imediata entre teoria e práxis. Ainda assim, resta esperança em cada brasileiro fervente em mudança para que o federalismo possa realizar seu dinamismo ideal à organização político-administrativa de um país extremamente populoso, sedento pela garantia de condições sociais mínimas, essenciais à redução das desigualdades sociais, à erradicação da pobreza, e ao desenvolvimento nacional. A elevada concentração do produto da arrecadação tributária nas mãos da União afronta a garantia da autonomia aos entes federados, distorce o federalismo pactuado, e entrava, sobremaneira, o progresso humanitário da Nação, contrariando o princípio da dignidade humana, tão resguardado pela Carta Magna.

Em conclusão, a proposta mais do que imediata apresenta a necessidade do reestabelecimento do pacto federativo, efetivando a autonomia e independência dos estados e municípios em conjunto com o devido federalismo fiscal, firmando em cada membro federal o poder monetário, pois com isso além da ampliação do sentido de democracia e participação democrática, a materialização dos direitos de cada cidadão se torna mais presente pela liberdade administrativa e política em proporção e função do tamanho de cada ente administrativo da federação.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, B. André. O Novo Pacto Federativo: Porque A Apresentação De Uma Emenda Possibilitou Uma Discussão Na Redefinição Da Federação Brasileira. Brasília, 2012.
- DOS SANTOS, A. Ronaldo. ANDRADE, L. Pricilla. A Evolução Histórica Do Federalismo Brasileiro: Uma Análise Histórico-Sociológica A Partir Das Constituições Federais. UFRN. Rio Grande do Norte.
- FERREIRA FILHO, Ricardo Facundo. Federalismo fiscal na perspectiva dos municípios. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 10

ago. 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.56527&seo=1>>.

MADISON, James. O Federalista. Vol. 10. Nova Iorque, 1781.

MARSHALL, T. H. Cidadania, Classe Social e Status. Londres, 1963.

MELLO DE LIMA, S. M. Tatiana. O Federalismo Brasileiro: Uma Forma De Estado Peculiar. Estação Científica n. 05. Juiz de Fora, 2008.

MENEGAZZO, F. André. Federalismo Às Avessas: Os Reflexos Do (Anti)Federalismo Fiscal Nos Direitos Fundamentais Sociais. IMED. Rio Grande do Sul, 2014.

ORO BOFF, Salete. Federalismo E Reforma Tributária: Possibilidades No Estado Democrático Brasileiro. IMED. Rio Grande do Sul, 2006.

EFICIÊNCIA E RESULTADO NO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL ATRAVÉS DA IMPLEMENTAÇÃO DO ESTADO GERENCIAL

Diego Monteiro de Arruda Fortes

INTRODUÇÃO

O presente trabalho demandará, em primeiro momento, um estudo acerca do atual modelo gerencial na administração pública, movimento do qual se originou as ideias da Administração Pública de resultados e do Princípio da Eficiência.

Averigua-se, também se a implementação da Avaliação do Impacto Regulatório (AIR) no processo de tomada de decisões pode contribuir para a mitigação dos efeitos negativos decorrentes das deficiências que se apresentam no mercado, propiciando, assim, um ambiente de estabilidade monetária, desenvolvimento econômico e a promoção do bom funcionamento dos mercados.

A Avaliação do Impacto Regulatório (AIR) deve ser analisada em duas vertentes no âmbito do sistema financeiro nacional e sob a viabilidade de impulsionar o desenvolvimento econômico. Este instrumento encontra-se atrelado a utilização de técnicas de controle regulatório tendo em vista que pode beneficiar o cenário econômico-financeiro no Brasil.

Para tanto, a prática especulativa de sua implementação passa-se pelo conceito do Princípio da Eficiência, o qual está intimamente

relacionado com a ideia de obtenção dos resultados elencados pelo texto constitucional, assentados no modelo de Administração Pública Gerencial.

Estabelecidas as primeiras discussões, apresenta-se algumas ponderações sobre a configuração da regulamentação do Estado gerencial procurando responder o seguinte questionamento: se através deste sistema de resultados trazida pela Avaliação do Impacto Regulatório (AIR) à Administração Pública pode controlar ou atenuar os efeitos das falhas de mercado?

Para desvendar tal questionamento o trabalho se desenvolverá através de dois capítulos.

O primeiro deles dará ênfase na reforme gerencial brasileira tem como marco oficial a publicação do Plano Diretor da Reforma do Estado, elaborado pelo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, em novembro de 1995, sob a coordenação do então ministro Luiz Carlos Bresser Pereira.

De modo que o modelo brasileiro adota o paradigma gerencial contemporâneo baseado no modelo da Nova Gestão Pública adotado no Reino Unido que tem como premissa central a transição de um paradigma burocrático de administração pública para um paradigma gerencial.

Ainda neste capítulo discorreremos sobre a reorganização da administração pública brasileira, frente às novas exigências do mercado competitivo mundial, dando ênfase a um conturbado contexto interno, embasado no simples fato de que o país tinha de ser libertado de uma Ditadura Militar e havia de transpassar a ineficiência do serviço público à época existente no Brasil.

Em seguida, entraremos no tema da crise que ocorreu pelo desvirtuamento do Estado, que objetivando ampliar a presença no setor produtivo, desviou-se de suas funções básicas. Como consequência houve a deterioração dos serviços públicos, o agravamento da crise fiscal e a inflação.

Já o segundo capítulo enfatiza que a adoção dessas premissas liberais não exime o Estado do seu dever-poder de desempenhar a função pública de forma eficiente, satisfazendo as necessidades da população e valorizando as finalidades públicas.

Deve, portanto, garantir a segurança e a solidez do sistema financeiro nacional. A existência dessas imperfeições no mercado – falhas de mercado – e a forma negativa como afeta a sociedade, é, a princípio, a razão que justificaria a regulamentação do setor, pautada nos enunciados do Princípio da Eficiência e do efetivo alcance de resultados.

Trava-se uma crise do Estado Intervencionista, que teria deixado de ser fator de desenvolvimento passando a ser um obstáculo a este. O Estado teria perdido grande parte de sua capacidade de intervenção. Teria se imobilizado em decorrência da crise fiscal, da diminuição do crédito público e da capacidade de geração de poupança pública. A crise do Estado seria, por um lado, produto dessa situação e, por outro, resultado do processo de globalização – que acabou por reduzir a autonomia das políticas econômicas e sociais dos estados nacionais.

Destaca-se, ainda, o percurso mencionado pelo livro do Streeck que constrói um trajeto organizado em três densas, mas claras lições – “da crise de legitimidade à crise orçamental”, “reforma neoliberal” e “neoliberalismo na Europa”. (STREECK, 2012. p.20).

Utilizar-se-á, como instrumento de abordagem, o método indutivo, analisando-se, primeiramente, as peculiaridades do tema proposto para, posteriormente, analisar o todo. Utilizar-se-á, também, o método hipotético-dedutivo, o qual busca a formalização de um problema, para, através de um processo de inferência dedutiva, chegar-se a uma conclusão.

1. PLANO DIRETOR DA REFORMA DO APARELHO DO ESTADO

O modelo de desenvolvimento burocrático-capitalista, dirigido pelo Estado, estava envolvido em uma crise política, causada pelo regime militar, e em uma crise econômica e financeira, que começou com a crise da dívida externa acompanhada por elevação dramática das taxas de inflação. Deste modo, internamente havia uma crise fiscal do Estado e a exaustão da estratégia de crescimento nacional-desenvolvimentista.

Streeck faz uma análise drástica da época de 1970 que para ele revela-se em um momento de alguns dos mecanismos disciplinadores clássicos, de que as frações dominantes do capital lançaram mão ou de

que se aproveitaram para contrariar e reverter a sua perda de poder e de lucros.

Esse movimento foi fortalecido por meio do desemprego elevado, que fragiliza a ação coletiva dos trabalhadores, à multiplicação de hipóteses de fuga e de “greve de investimento” por via da construção da globalização – Streeck indicanos outros mecanismos assentes na “compra” da lealdade de frações da classe operária e das classes intermédias em muitos países desenvolvidos, contendo o conflito social latente.

Nesta época o Brasil precisava de um novo modelo de desenvolvimento capaz de fortalecer o Estado para a melhoria na eficácia de sua ação reguladora, dentro do âmbito de uma economia de mercado, na prestação de seus serviços básicos e nas suas políticas sociais.

Reformar o Estado significava, em primeiro lugar, redefinir o papel do Estado, deixando para o setor privado e para o setor público não estatal as atividades que não lhe são específicas. O projeto de uma sociedade mais competitiva, eficiente e ágil se aterializa na reforma do corpo administrativo e, sobretudo, na gestão das agências reguladoras. (BRESSER-PEREIRA, 2001. p. 37).

A redefinição do papel do Estado envolveria a sua não mais responsabilidade direta pelo desenvolvimento econômico e social pela produção de bens e serviços, mas por seu fortalecimento, no papel de promotor e regulador desse desenvolvimento. As reformas devem resultar na transferência para o setor privado das atividades que podem ser controladas pelo mercado. (POLLITT, 2008. p. 10-11)

Para Streeck essa “onda” de redefinição estatal se tratava apenas de discurso da classe dominante, tendo em vista que neste momento para alterar o cenário a classe dominante protagonizou o processo político de aumento do peso do setor financeiro inseriu os Estados e amplos segmentos da população nos circuitos dos mercados financeiros, mascarando problemas de procura, alimentando uma cada vez mais agressiva e atomizada sociedade de consumo e de endividamento, por um lado, e incrementando a participação de segmentos politicamente relevantes da população na especulação e no rentismo financeiros, por outro, sendo estas camadas que detêm mais voz política num contexto de apatia e descrença política generalizadas entre as classes populares. (STREECK, 2012. p.30).

Retomando o plano brasileiro o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, através da publicização seria o processo mediante o qual é posta em prática a descentralização para o setor público não estatal da execução de serviços que não envolvem o exercício do poder de Estado, mas devem ser subsidiados pelo Estado, como é o caso dos serviços de educação, saúde, cultura e pesquisa científica. (BRESSER-PEREIRA, 2001. p. 12).

O programa de publicização possibilitaria a transferência para o setor público não estatal, da produção dos serviços competitivos ou não exclusivos de Estado, estabelecendo-se um sistema de parceria entre Estado e sociedade, para seu financiamento e controle.

Foi inaugurada com o Plano uma série de medidas a serem tomadas no âmbito do Estado, para a implementação de uma nova Administração Pública. A meta primordial era substituir a antiga administração pública formal ou burocrática, por uma administração pública gerencial. Esta seria baseada em conceitos modernos de administração e eficiência, voltada para o controle de resultados e descentralizada, para poder chegar ao cidadão. (PACHECO, 2010. p. 189)

Uma das razões elencadas para a mudança, nos modelos de administração, era evitar, dentre outras práticas, o clientelismo e a usufruição, por alguns, de benefícios que o Estado teria de conceder a todos, indistintamente.

Outrossim, a necessidade de os Estados contarem com uma Administração Pública moderna e apta a responder aos anseios de uma sociedade baseada nas informações que hoje permeiam o mundo instantaneamente, pode dizer-se, fruto, principalmente, da globalização.

Toda essa tentativa de reconfiguração dos Estados operada pelo neoliberalismo assentou num progressivo bloqueamento da capacidade democrática para moldar o curso das economias. No fundo, o “povo do Estado”, aquele que depende do acervo dos direitos e serviços sociais, tornou-se cada vez mais impotente perante o “povo dos mercados”, isto para usar uma útil dicotomia forjada por Streeck. (STREECK, 2012. p.31).

Em suma no Brasil, os objetivos do Plano Diretor da Reforma do Estado eram (i) aumentar a capacidade administrativa de governar com efetividade e eficiência, voltando a ação dos serviços do Estado

para o atendimento dos cidadãos; (ii) limitar a ação do Estado àquelas funções que lhe são próprias; (iii) transferir da União para os estados e municípios as ações de caráter local; (iv) transferir parcialmente da União para os estados as ações de caráter regional. (BRESSER-PEREIRA, 2001. p. 45)

Deste modo a reforma visava a revisão do marco legal (reforma constitucional e da legislação corrente); a proposição de novos modelos organizacionais (agências reguladoras, executivas e organizações sociais); a adoção de instrumentos gerenciais (contratos de gestão, programas de qualidade na administração pública); e a valorização dos servidores integrantes das carreiras estratégicas (nova política de recursos humanos, revisão da política de remuneração e intensificação da capacitação de funcionários)

A proposta de reforma do aparelho do Estado considerou a existência de quatro setores dentro do Estado (BRESSER-PEREIRA, 2001. p. 45)

(i) o núcleo estratégico do Estado, responsável pela formulação das Leis e definição e cobrança do cumprimento das políticas públicas. A proposta previa o fortalecimento do setor, mantendo as características básicas da administração burocrática e incorporando novos instrumentos, como os contratos de gestão;

(ii) as atividades exclusivas de Estado, onde se exerce o poder de regulamentar, fiscalizar e fomentar. Neste setor, o objetivo era introduzir as Agências como novo modelo institucional, na forma de Agências Executivas e Agências Reguladoras, assimilando novos instrumentos e mecanismos de gestão, por meio da introdução da avaliação de desempenho, do controle por resultados, da focalização da satisfação do usuário e do controle de custos;

(iii) os serviços não exclusivos ou competitivos, representados por instituições que não possuem o poder do Estado, mas onde este se faz presente porque os serviços envolvem 5 direitos fundamentais, como os da educação e da saúde. A estratégia para este setor foi de publicizar as atividades não exclusivas de Estado, disseminando-se as organizações sociais, como forma de propriedade pública não estatal, sendo administradas pela sociedade, mediante conselhos, e recebendo o aporte de recursos orçamentários do Estado; e

(iv) a produção de bens e serviços para o mercado, que corresponde à área de atuação das empresas estatais do segmento produtivo ou do mercado financeiro. Em relação a este setor, foi definido que a produção deve, em princípio, ser realizada pelo setor privado, com base no pressuposto de que as empresas serão mais eficientes se controladas pelo mercado e administradas privadamente, cabendo ao Estado um papel regulador e transferidor de recursos. (BRESSER-PEREIRA, 2001.)

A reforma se caracteriza pela conceito de naturalização da eficiência do setor privado para o fornecimento de serviços, sedimentando assim a ideia de que ao Estado cabe apenas coordená-los. Tal discurso enfatizou, durante o processo de privatização das empresas estatais na década de 90, a ineficiência do Estado na gestão de serviços, ao passo que se propagavam seus altos custos.

O processo de privatização e concessão das empresas e serviços estatais foi seguido pela criação das agências reguladoras, instituições que regulariam/arbitrariam neutramente os setores privatizados ou concessionados. Assim, as principais atribuições dessas agências consistiam em organizar as atividades privatizadas/concessionadas conforme a demanda do mercado, estabelecendo também uma correspondência entre Poder Executivo e consumidores. As agências reguladoras seriam símbolos da reestruturação do Estado.

No decorrer da década de 90, dez agências foram criadas: Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), Agência Nacional do Petróleo (ANP), Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), Agência Nacional de Águas (ANA), Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), Agência Nacional de Cinema (ANCINE) e a última a ser criada recentemente, Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC). (LEHFELD, 2008. p. 249)

A atuação dessas agências ainda é pouco percebida, mas seus propósitos já se tornam evidentes. Estas instituições foram criadas para regularem a relação entre Poder Executivo, serviços concessionados e os consumidores, tendo entre suas funções normatizar e fiscalizar os diversos setores, buscando, a partir da promoção da concorrência,

estabelecer o equilíbrio entre esses três seguimentos.²² (SCHAPIRO, 2010. p. 377)

Denominadas autarquias especiais, as agências reguladoras também estão juridicamente regidas pelo Decreto-Lei n° 200, de 1967, que define no art. 5° , inciso I “autarquia como o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita própria para executar atividades típicas da Administração Pública que requeiram, para o seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada”

A independência financeira e administrativa imprime discursivamente às agências um caráter de neutralidade, ou seja, a perspectiva de que suas decisões seriam perpassadas apenas por questões técnicas, sem a influência de nenhum grupo de interesse econômico ou político.

As decisões das agências reguladoras e a sua própria forma de procedimento na arbitragem de conflitos entre Poder Executivo, concessionárias e usuários envolvem o designado controle social e a transparência, distinguindo-se basicamente quatro aspectos: Ouvidoria, Consulta e Audiência Pública e Contrato de Gestão. Os três primeiros mecanismos visam ampliar a participação do usuário no processo decisório, enquanto o Contrato de Gestão constitui a forma de controle do Executivo sobre a atuação das agências.

O Contrato de Gestão corresponde ao estabelecimento de metas de gestão para as agências. Conforme deliberado pela reforma da administração pública, essas instituições são coordenadas por meio de missões e, no final de cada missão, o Ministério ao qual a agência reguladora estiver vinculada avalia seu desempenho.

No entanto, tem-se que o impulso reformista restringiu-se basicamente ao corte de pessoal e à redução da máquina estatal como um todo, resultando na mutilação do aparato administrativo, deterioração do serviço público e aumento da sua ineficiência. Como resultado, o que se observa é um agravamento da incapacidade do Estado brasileiro.

Apesar do modelo gerencial ter se proposto a fundar uma nova administração pública isso ainda é um projeto em construção, estando em constante processo de reformulação.

22 SCHAPIRO, Mario Gomes. Direito Econômico Regulatório. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 377.

2. QUALIDADE E A EFICIÊNCIA DA REGULAÇÃO EXERCIDA PELO ESTADO GERENCIAL NO SETOR FINANCEIRO

O presente capítulo se propõe a investigar a qualidade e a eficiência da regulação exercida pelo Estado no setor financeiro, mormente, quanto à capacidade dessa produção normativa corrigir ou mitigar as falhas que o mercado gera e garantir o bem-estar socioeconômico da população.

Partindo do pressuposto de que o mercado não é capaz de se ajustar de forma autônoma e que a sua atividade gera distorções, tem-se que a intervenção do Estado se mostra indispensável para minimizar as consequências socialmente danosas decorrentes das deficiências que podem ser verificadas no mercado, tais como assimetria de informações, formação de cartéis, impedimento da livre concorrência, externalidades negativas, dentre outras. (VIEGAS; MACEDO. 2010. p. 66)

Ademais, o debate acerca da qualidade da regulamentação no sistema financeiro importa analisar se a produção normativa é capaz de assegurar o desenvolvimento de um ambiente fiscal mais sadio e mais competente para garantir a solidez, a confiança do cidadão e o crescimento do mercado.

Conforme salienta Marlos Lopes Godinho Erling ((VIEGAS; MACEDO. 2010. p. 67), a importância de se avaliar as medidas regulatórias, baseada em diagnóstico e prognóstico, antecipando os benefícios e os custos sociais que a prática regulatória alcançará, importa em:

Compreender, empiricamente, as deficiências estruturais, comportamentos e incentivos econômicos existentes em determinado mercado, bem como diagnosticar as reais necessidades de se estabelecer, juridicamente, instituições habilitadas a interferir nos processos de formação de preços. (...). Isso requer, em essência, uma avaliação empírica e valorativa do objeto da regulação, além de senso de realidade sobre as deficiências estruturais, distorções e incentivos existentes no mercado a ser regulado, assim como a análise dos fatores que podem afetar os resultados pretendidos, com a construção pública e transparen-

te de diagnósticos e prognósticos para o exercício do controle político e social.

Estuda-se à relevância em propor a aplicação de uma ferramenta (Análise de Impacto Regulatório - AIR) que possa prever os resultados (se positivos ou negativos) de uma determinada ação normativa do Estado no sistema financeiro. Para tanto, tal ferramenta deve ser capaz de estabelecer parâmetros de adequação, eficácia e eficiência nas tomadas de decisões.

Por sua vez, é certo que, antes de se adentrar no cerne da pesquisa, importante se faz abordar o contexto que possibilitou o surgimento de mecanismos como a Análise de Impacto Regulatório (AIR).

O cenário no qual, teoricamente, vem sendo implementada a Análise de Impacto Regulatório (AIR) surgiu, segundo já demonstrado acima com Luiz Carlos Bresser Pereira, com a reforma gerencial do Estado, que tem como premissa a administração pública focada em uma política baseada em evidências e em resultados. (BRESSER, 2006)

Assim, conforme propugna o referido Autor, a reforma gerencial da qual se refere, deve ser capaz de harmonizar o serviço público com o ambiente capitalista, de forma a propiciar a correção de falhas de mercado sem incorrer em falhas maiores. (STREECK, 2010. p. 252)

Fazendo uma relação novamente com o livro do Streeck agora no contexto europeu para ele esse processo da reforma do Estado no sentido de correção de falhas do mercado é muito claro sobre as razões para a inexistência de uma União Europeia com orçamento redistributivo digno desse nome, em que as regiões ricas financiariam maciçamente as regiões pobres, aguentando-as à tona. Com efeito, a Europa não é um Estado e não o será, até porque os povos não o desejam, o que significa que o federalismo só pode ser furtivo, clientelar e perverso, incapaz de mobilizar lealdades populares. E, mesmo que os povos o desejassem, seria mais do que duvidoso que as transferências pudessem substituir com o mesmo sucesso a mobilização de instrumentos de política à escala nacional. Mas, infelizmente, como Streeck sublinha, nada nos diz que as alianças sociais que sustentam o Euro, e que na periferia incluem elites extrovertidas, as que gostam de moeda forte para viajar e importar bens de consumo mais ou menos conspícuos, não consigam manter

um projeto que se aproxima cada vez mais de uma “operacionalização do modelo social hayekiano antisocialdemocrata da ditadura de uma economia de mercado capitalista acima de qualquer correção democrática”. (STREECK, 2010. p. 252)

Por isso mesmo, o desenvolvimento do setor financeiro só é possível quando se pode contar com uma estratégia eficaz, caso contrário, uma ação fracassada pode levar a terríveis consequências sistêmicas, cujos efeitos serão sentidos não só no ambiente do mercado, mas também na sociedade como um todo, tendo em vista a sua sensibilidade e instabilidade. (ERLING, 2015. p. 276)

Nesse contexto, para o Estado Gerencial se mostra fundamental se socorrer às avaliações de desempenho com foco em resultados. Na sua implementação haveria, portanto, uma preocupação constante com o monitoramento e com a avaliação dos efeitos dos serviços e políticas públicas visando o aumento da eficiência. (GOMES, 2009. P. 69)

Em suma, no que tange ao novo modelo gerencial da administração pública, Christopher Pollitt (2010) arremata que:

É preciso redirecionar os investimentos e os esforços para aperfeiçoar os resultados. Com tal intuito, articulam-se autoridades de diferentes áreas para implantar a política mais indicada. Apreende-se que há casos em que a complexidade da situação exige a visão do todo para enxergar a origem do problema e como melhor preveni-lo.

E, assim deve ser conduzida a atuação estatal no sistema financeiro, criando uma estratégia de gestão que seja capaz de associar os objetivos (resultados) que devem ser alcançados por meio de medidas concretas previamente avaliadas e discutidas – a razão da regulamentação deve ser sempre o de garantir a estabilidade financeira.

Ainda como produto da mencionada reforma gerencial, introduziu-se no caput do Artigo 37 da Constituição Federal (Emenda Constitucional 19/1998) o princípio da eficiência, ao qual deve obedecer a administração pública.

Por sua vez, a Análise de Impacto Regulatório está intimamente relacionada com a eficiência das medidas administrativas no âmbito

regulatório. Aliás, é um produto decorrente da aplicabilidade prática do princípio constitucional da eficiência.

A respeito do tema, Rafael Carvalho Rezende Oliveira aduz que:

A eficiência relaciona-se com a valorização das finalidades públicas, que devem ser efetivadas pelo Estado, em detrimento das formalidades excessivas e burocráticas. No âmbito da adm. Pública gerencial ou de resultados, a eficiência é implementada por meio de avaliação de desempenho de servidores e acordo de resultados celebrados dentro e fora do aparelho administrativo, bem como pela diminuição de formalidades desproporcionais. (OLIVEIRA, 2015. p. 32)

Complementando, cita-se a lição de Alexandre dos Santos Aragão acerca do Princípio da Eficiência:

Todo ato, normativo ou concreto, só será válido ou validamente aplicado, se, ex vi do Princípio da Eficiência (art. 37, caput, CF), for a maneira mais eficiente ou, na impossibilidade de se definir esta, se for pelo menos uma maneira razoavelmente eficiente de realização dos objetivos fixados pelo ordenamento jurídico. (ARAGÃO, 2006. p. 3)

Acrescenta-se também um tema atual e recorrente na discussão da aplicabilidade concreta do Princípio da Eficiência, qual seja, a teoria do custo da atuação administrativa. A referida teoria decorre da tese explorada pelos norte-americanos Stephen Holmes and Cass R. Sunstein na obra *the cost of rights*, os quais propugnam que, executar os direitos requer que se considere, em primeiro lugar, os custos de sua efetivação. Há que se atentar que, a depender da concretização do direito ou da política pública em questão, mais relevante e mais dispendioso será a efetivação dos direitos. (MORAIS, 2004. p. 169)

Luiz Carlos Bresser Pereira, em consonância com as lições presentes no mencionado livro, destacou:

Os recursos econômicos e políticos são por definição escassos, mas é possível superar parcialmente essa limitação com seu uso

eficiente pelo Estado, quando não se pode contar com o mercado, isto é, quando a alocação de recursos pelo mercado não é solução factível, dado o seu caráter distorcido ou dado a sua incompletude. Nesse caso, a função de uma administração pública eficiente passa a ter valor estratégico, ao reduzir a lacuna que separa a demanda social e a satisfação dessa demanda.

Ou seja, utilizando das palavras de Dalton dos Santos Morais (em artigo que aborda a teoria dos custos dos direitos e o princípio da eficiência), tem-se que:

O exercício do direito exige o custeio de instituições operacionalmente eficientes, com quadro de funcionários e recursos físicos, logísticos, financeiros e técnicos suficientes para o bom exercício de sua função. Pois na sua essência, administrar compreende o reconhecimento e o diagnóstico [das] necessidades públicas, a obtenção e afetação de recursos necessários à sua satisfação e a definição de prioridades, no caso de inexistência de recursos suficientes. (MORAIS, 2004. p. 173)

Também por esse viés a aplicabilidade de mecanismos que diagnosticam o impacto socioeconômico da atividade administrativa se mostra valiosa; a eficiência estatal dependerá da ponderação entre os custos e os benefícios da decisão regulatória a ser tomada.

Nesse cenário, em que a avaliação deve partir de um preceito de qualidade – e não quantidade – nasce o conceito da Análise de Impacto Regulatório (AIR) como um instrumento à disposição do Poder Público, no âmbito da produção normativa, que se propõe a analisar, entre outros fatores, o custo-benefício, a viabilidade econômica, a possível oneração de um determinado setor, a avaliação de um eventual efeito negativo na concorrência, no funcionamento do mercado, na geração de emprego, no investimento e na sociedade como um todo.

Portanto, através do uso dessas ferramentas de melhoria regulatória, o Poder Público cumpre com a função de regular e garantir o bom desenvolvimento da atividade financeira, eliminando as assimetrias de informação que incentivem o comportamento oportunista dos agentes

regulados, que tendem a manipular as ações dos entes reguladores para perseguir interesses próprios em detrimento do interesse público.

Por fim, dentro desse contexto e com base nas asserções e ponderações inicialmente expostas, a pesquisa é de grande valia pois, indaga-se a implementação de mecanismos como a AIR, no âmbito do sistema financeiro nacional, seria eficiente para mitigar os efeitos negativos decorrente das falhas de mercados que surgem no âmbito financeiro.

CONCLUSÃO

Ao invés de apresentarmos uma rigorosa conclusão, opta-se por fazer uma narrativa conclusiva descritiva para estimular outros pesquisadores a se debruçarem sobre o tema.

A partir da reforma política, econômica, administrativa e cultural consubstanciada nas instituições estatais transforma-se a forma de se encarar e utilizar os serviços públicos no Brasil.

No Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado a administração pública gerencial vê o cidadão como contribuinte de impostos e como cliente dos seus serviços. O cidadão-cliente é responsável individualmente pela qualidade dos serviços contratados.

Os mecanismos de participação do usuário configuram apenas uma instância jurídica à qual o indivíduo pode recorrer quando se sentir prejudicado pelos serviços disponibilizados. Tais mecanismos representativos desconsideram as assimetrias de condições entre pessoas físicas e jurídicas no processo de participação político.

Já para Streeck este ambiente de transferência e implementação da reforma administrativa burocrática para a gerencial, nada mais é do que uma forma de imposição da classe dominante à classe dominada.

Para o autor esses fatos são confirmados em primeiro momento na União Europeia e em seguida nos Estados Unidos da América, movimento voltado para o endividamento público e pouco desenvolvimento social.

Como saída deste contexto histórico de dominação, volta-se ao mecanismo implementado pela obra de Rafael Carvalho Rezende de Oliveira – Novo perfil da regulação estatal: Administração pública de resultados e análise de impacto regulatório (AIR) – que propõe, um desenho inovador do papel regulador – e garantidor – do Estado.

Rafael elege a Análise de Impacto Regulatório (AIR) como um instrumento a favor da Administração Pública para garantir uma melhor qualidade e eficiência aos atos regulatórios.

No presente trabalho percebe-se que na maioria dos doutrinadores brasileiros predomina inúmeras inquietações e indefinições em relação a implementação deste instrumento de Análise de Impacto Regulatório (AIR).

Correspondendo a essas e ao apelo exploratório feito pela pesquisa, reconhece-se que não há unanimidade sobre sua implementação, porém com ela, poderão ocorrer certas melhorias almeçadas por medidas integradas que visem: (i) fortalecer o sistema regulatório de modo a facilitar o pleno exercício de funções por parte de todos os atores; (ii) fortalecer a capacidade de formulação e análise de políticas públicas em setores regulados; (iii) a melhoria da coordenação e do alinhamento estratégico entre políticas setoriais e processo regulatório; (iv) o fortalecimento da autonomia, transparência e desempenho das agências reguladoras; e (v) o desenvolvimento e aperfeiçoamento de mecanismos para o exercício do controle social e transparência no âmbito do processo regulatório.

Portanto, tem-se que a implementação do instrumento de Análise de Impacto Regulatório (AIR) poderá ser mais um qualificador de análise do desenvolvimento econômico brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AUGUSTO, Paulo. *O Estado regulador e garantidor em tempos de crise e o direito administrativo da regulação*. Revista Digital de Direito Administrativo, São Paulo, vol. 3, n. 1. 2016.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *O princípio da eficiência*. Revista de Direito Administrativo Econômico. Salvador/BA, n° 4, nov./dez 2005 e jan. 2006.

BRESSER, Luiz Carlos Pereira; SPINK, Peter. *Reforma do Estado e a Administração Pública Gerencial*. 7 ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

_____. *Do Estado Patrimonial ao Gerencial*. In: Pinheiro, Willheim

- e Sachs (orgs.). Brasil: Um século de transformações. São Paulo: Cia. Das Letras, 2001: pp. 222-259.
- COSTA. F.L.; PECI. A. *Desestatização como estratégia de reforma do estado: Análise preliminar da privatização no Brasil de nova república*. Revista de Administração Pública da FGV, Rio de Janeiro, n. 3, v. 33, 1999. DIAS.
- ERLING, Marlos Lopes Godinho. *Regulação do Sistema Financeiro Nacional*. São Paulo: Almedina Brasil, 2015.
- FERNANDES, Bruno. *Análise de Impacto Regulatório: notas sobre a OCDE e sobre o Brasil*. Revista Digital de Direito Administrativo, São Paulo, vol. 2, n. 1. 2015.
- FREITAS, Juarez. *Políticas Públicas, Avaliação de Impactos e o Direito Fundamental à Boa Administração*. Sequência/UFSC, Florianópolis/SC, vol. 36, n. 70. 2015.
- GOMES, Eduardo Granha Magalhães. *Gestão por Resultados e eficiência na Administração Pública: uma análise à luz da experiência de Minas Gerais*. 2009, f. 187. Tese (Doutorado Administração Pública e Governo) - EAESP/FGV, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo. 2009.
- HOMLES. S; SUSNTEIN. C. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York: W.W. Norton & Company, 1999.
- KOÇOUSKI. Ângela Regina. *Qualidade regulatória brasileira: a Análise de Impacto Regulatório como instrumento indutor de governança na Agência Nacional de Energia Elétrica*. 2016. Tese (mestrado Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA) - Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas e Desenvolvimento. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA, Brasília. 2016.
- LIMA. Valéria Athayde Fontelles. *A Avaliação de Impacto Regulatório e sua aplicação no Brasil*. 2010. Tese (programa de pós-graduação em políticas públicas, estratégias e desenvolvimento - PPED) - Instituto de Economia. Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2010.

MORAIS, Dalton dos Santos. *Os custos da atividade administrativa e o princípio da eficiência*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n° 237, p. 165/196, 2004. OLIVEIRA.

OLIVEIRA. Rafael Carvalho Rezende. *Novo perfil da Regulação Estatal: Administração Pública de Resultados e a Análise de Impacto Regulatório*. São Paulo: Forense, 2015.

STREECK, Wolfgang. *Tempo comprado – A crise adiada do capitalismo democrático*. Coimbra: Actual. 2012.

PRECEDENTES E ATIVISMO JUDICIAL

Lais Rachel Brandão de Mello

Luiz Felipe Araújo Moreira

1. Contextualização

O direito brasileiro é do sistema *civil law*, em que o juiz tradicionalmente se comportava como *la bouche de la loi* (juiz boca da lei). Isso significa dizer que a Lei, organizada em códigos e formulada pelo Poder Legislativo, é a fonte principal do direito enquanto todo o resto (princípios gerais do Direito e costumes, por exemplo) tem aplicação secundária e supletiva.

Dessa forma, em um caso concreto, o juiz deve se ater àquilo que está codificado, àquilo que está na lei. Não há, *a priori*, uma interpretação da disposição legal e sim uma aplicação direta, quase mecânica, sem se atentar a qualquer particularidade do caso. Isso aparentemente parece ser algo positivo, pois há a aplicação ‘correta’ da lei a partir da premissa de que “todos são iguais perante a lei”. Contudo, a lei é estática e, por muitas vezes, não acompanha a evolução social e a variedade de lides não previstas na codificação.

A fim de suprir as lacunas deixadas pelo Legislador, o juiz passou a interpretar a lei e a adequá-la ao caso concreto. A partir dessas decisões, foram formulados precedentes, tanto por juízes singulares quanto pelos colegiados dos tribunais de segunda instância e superiores, a serem seguidos por todo o ordenamento jurídico pátrio. Logo, cuida-se da adoção do sistema de precedentes típico de países

de família de *common law* com a diferença na forma de vinculação e aplicação.

2. Evolução histórica do sistema de precedentes brasileiro

A aplicação do sistema de precedentes começou precariamente no Brasil colonial. Até 1850, o Brasil não possuía leis processuais nem organizações judiciais próprias. Assim, eram utilizados os ditos *assentos*, sendo assim considerados os pronunciamentos oriundos do sistema português ou da corte de cassação brasileira acerca das leis civis, penais e comerciais, que possuíam caráter vinculante (TUCCI, 2004).

Em seguida, foi adotado o prejulgado como “norma aconselhável para o caso futuro” (art. 103, § 1º, Decreto 16.273/1923) até o Código de Processo Civil de 1939. É importante ressaltar que mesmo com a edição do Código, os precedentes não tinham efeito vinculante, pois entendia-se que o Poder Judiciário estaria invadindo a competência Legislativa de titularidade do povo e realizada por meio de seus representantes.

Em 1990, a exemplo do art. 38 da Lei nº 8.038/90, a legislação infraconstitucional previa que em caso de jurisprudência pacificada acerca de determinado assunto, não cabia recurso. Já a Lei nº 9.139/95 trouxe nova redação ao art. 537, CPC/1973²³ no sentido de permitir ao relator negar prosseguimento a recurso contrário à súmula dos tribunais. Esse mesmo dispositivo foi novamente alterado pela Lei 9.756/98 que trouxe uma maior liberdade ao relator. O mesmo passou a negar prosseguimento de recurso e a permitir o julgamento monocrático do mérito quando o recurso estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior (art. 557, *caput* e § 1º). Logo, em razão da obrigatoriedade, surgiu o efeito vinculante do precedente.

A partir de 2000, houveram inúmeras leis, como a 10.352/01, 11.276/06 e a 11.277/06, que, entre inúmeras normas, permitiram com que fosse negado o prosseguimento de recursos pelo juiz de primeiro grau, dispensa de reexame necessário e da citação da parte contrária

23 Revogado pelo Código de Processo Civil de 2015.

quando do julgamento por juiz de primeira instância de matéria de direito já decidida em casos idênticos desde que a decisão recorrida fosse de acordo com os entendimentos jurisprudenciais.

Toda essa evolução no ordenamento jurídico brasileiro foi contemplada na edição do Livro III, Capítulo I, Título I do Código de Processo Civil de 2015. Além desse título, existem outras disposições como a do art. 932, inciso IV, incumbindo ao relator negar provimento a recurso que for contrário a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência. Ainda no inciso V do mesmo artigo, incube ao relator, depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

Nota-se que com o passar dos anos, a ideia de que o precedente no sistema *civil law* era sempre pronunciamento judicial, monocrático ou colegiado, sobre questão jurídica determinada, cujas razões determinantes, de regra, apenas orientam (mas não vinculam) o pedido ou o julgamento de casos posteriores é falsa (CAMARGO, 2012).

Por fim, para um melhor entendimento do sistema de precedentes é importante uma explicação acerca do que se tratam os precedentes vinculantes e também das formas de modificação de entendimentos ou superação desses precedentes.

2.1 Precedentes vinculantes

Diz-se que precedente é vinculante/obrigatório (*binding precedent*), ou dotado de *binding authority* (autoridade vinculante), quando tem eficácia vinculativa em relação aos casos que, em situações análogas, lhe forem supervenientes (DIDIER, 2015, p. 455).

Logo, esses precedentes funcionam como norma jurídica geral e, por isso, direcionam decisões posteriores a adotarem teses jurídicas advindas desse instituto em suas fundamentações. Em razão desse efeito vinculante, os magistrados perdem a liberdade de adotar tese jurídica diversa em casos semelhantes, sob pena de ter sua decisão reformada pelo Tribunal.

Contudo, é importante destacar que as decisões judiciais podem ou não funcionar como norma interpretativa a ser seguida em decisões seguintes assim como nem tudo exposto em decisão tem força vinculante.

O que vincula nas decisões capazes de gerar precedentes são as razões constantes da sua justificação (*ratio decidendi*), as quais devem ainda ser lidas a partir do caso exposto no seu relatório. A decisão judicial, é compreendida aí como um fato institucional – ou, como prefere a doutrina, como um ato-fato (MARINONI, 2017, p. 490).

Dentro da teoria dos precedentes existem dois institutos: o *distinguishing*, ocasião em que em um caso concreto não é possível aplicar entendimento pacificado pelos tribunais, havendo uma distinção entre o caso “modelo” e o em julgamento; e o *overruling*, quando há uma superação, tácita ou expressa, de uma tese jurídica. Esses dois institutos estão previstos no art. 489, § 1º, VI, CPC/15, *in verbis*:

Art. 489, §1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Destaca-se que cabe a parte interessada demonstrar a existência de distinção ou a necessidade de superação de entendimento. O enunciado 9 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) dispõe que é o ônus da parte, para os fins do disposto no art. 489, § 1º, V e VI, do CPC/2015, identificar os fundamentos determinantes ou demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento, sempre que invocar jurisprudência, precedente ou enunciado de súmula.

2.2 Distinção (*distinguishing*)

Trata-se de hipótese de não aplicação do precedente no caso concreto sem, entretanto, significar sua revogação. Dessa forma, é excluída a aplicação do precedente judicial apenas para o caso concreto em razão de determinadas particularidades fáticas e/ou jurídicas, mantendo-se o precedente válido e com eficácia vinculante para outros processos (AMORIM, 2018, p. 1409).

Assim, o julgador pode ou não adotar um precedente diante de um caso em julgamento, visto que o caso em questão pode conter particularidades que os distinguem do caso modelo, ocasião em que o magistrado vai excepcionar tese pacificada em precedente. Ademais, o *distinguishing* pode resultar no afastamento total do precedente como também restringir sua aplicação.

2.3 Superação (*Overruling*)

Overruling é a técnica através da qual um precedente perde a sua força vinculante e é substituído (*overruled*) por outro precedente (DIEDER, 2017, p. 494). Um importante apontamento quanto a superação de um precedente é de que apenas o próprio tribunal que fixou a tese com eficácia vinculante tem competência para superar o próprio entendimento (AMORIM, 2018, p. 1411).

O art. 927, § 4º, CPC/15 traz, em específico, o instituto do *overruling* para a superação de um enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada e de tese adotada em julgamento de casos repetitivos. Para que haja a superação de qualquer destes, é necessário que seja por meio de decisão fundamentada adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

Por fim, o entendimento sobre a teoria dos precedentes, em especial quanto aos mecanismos de *distinguishing* e *overruling*, passa pela ligação de tal sistema com a celeridade e a segurança jurídica.

3. Ativismo judicial: conceito, origem e aplicação no Brasil

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins cons-

titucionais, 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 imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2008).

Por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos) (RAMOS, 2012).

Contudo, há um desrespeito à separação dos poderes, em especial em desfavor do Poder Legislativo, pois em vários casos o juiz inova na aplicação do direito, criando até mesmo regras novas. Nesses casos, ele não atua de forma a suprir lacuna deixada ou pela Constituição ou pela Lei e sim como verdadeiro legislador. Isso resulta em uma afronta ao sistema democrático, visto que o juiz não foi eleito pelo povo, como os deputados e senadores do Congresso Nacional.

Tem origem na jurisprudência conservadora norte-americana. Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (*Dred Scott v. Sanford*, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (Era *Lochner*, 1905-1937), culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1937).

A situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (*Brown v. Board of Education*, 1954), acusados em processo criminal (*Miranda v. Arizona*, 1966) e mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade

(Griswold v. Connecticut, 1965) e de interrupção da gestação (Roe v. Wade, 1973).

No Brasil, o ativismo judicial foi utilizado para interpretar a lei de forma diversa do entendido, a partir de preceitos constitucionais e de forma a substituir o Poder Legislativo. Tem-se como exemplo a descriminalização do aborto praticado entre os três primeiros meses de gravidez (HC 124306 - STF), crime previsto no art. 124 do Código Penal; foi permitido o casamento entre pessoas de mesmo sexo (ADPF 132 e ADI 4277 - STF); e, por fim, foi autorizado a mudança de nome social a pessoas trans sem a necessidade de cirurgia ou decisão judicial prévia (ADI 4.275 e RE 670.422 - STF).

4. Análise comparativa entre os precedentes e o ativismo judicial nos sistemas de *civil law* e de *common law*

Da análise dos precedentes e do ativismo judicial, percebe-se que o debate não se limita apenas a conceitos, mas também a autonomia judicial, em especial quando do ativismo judicial; e a celeridade processual e a segurança jurídica, quanto à eficácia dos precedentes vinculantes. Ainda, com a adoção dos precedentes vinculantes, tem-se uma alteração do ordenamento jurídico de forma a coincidir com a realidade fática de forma mais eficiente que as mudanças legislativas.

A partir de uma comparação entre os dois institutos, quais sejam precedentes e ativismo judicial, deve haver a efetiva acomodação dos conceitos, diferenciando-os e trazendo os pontos de contato. Assim, para se fazer uma comparação efetiva desses pontos específicos apresentados, é necessário colocá-los de forma antagonista para, enfim, entender melhor os institutos.

4.1 Vantagens do ativismo judicial

Uma das primeiras vantagens observadas com o uso do ativismo judicial é que ele confere uma maior liberdade, uma autonomia aos juízes, podendo decidir aquilo que não necessariamente está explícito em lei, desde que de forma fundamentada.

Pode-se dizer que uma das principais funções e vantagens do ativismo judicial é a de suprir omissões deixadas pelos legisladores, pois muitas vezes chegam ao judiciário lides que poderiam não ser decididas, haja vista a ausência de lei que trate sobre o assunto. Entretanto, ao se deparar com esses casos, o Judiciário não pode se omitir (*non liquet*) e acaba por tomar uma decisão ativista.

Como exemplo disso, pode-se citar a omissão legislativa quanto ao art. 37, VII, CF/88, em que se tem a possibilidade da greve do servidor público. Por se tratar de uma norma de eficácia limitada, dependeria de uma nova lei que estipularia como essa greve poderia ocorrer, contudo, tal lei nunca fora criada e com isso, no ano de 2007, o STF decidiu declarar a omissão legislativa quanto a esse tema e resolveu por aplicar, no que couber, a lei de greve do setor privado, tomando uma decisão considerada ativista. (BARROSO, 2008)

Em discurso na Suprema Corte no ano de 2008, o ministro Celso de Melo se pronunciou acerca do ativismo judicial (BARROSO, 2008):

Nem se censure eventual ativismo judicial exercido por esta Suprema Corte, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos. Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão constitucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República. Práticas de ativismo judicial, Senhor Presidente, embora moderadamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a

que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade. A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também despreza a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.

Destarte, dos posicionamentos adotados pela Suprema corte é possível perceber que o ativismo é um instrumento auxiliador para a concretização de preceitos constitucionais que ainda não tinham sido definidos, como nos exemplos já citados.

4.2 Desvantagens do ativismo judicial

Por o judiciário atuar de uma forma mais ativa perante omissões legislativas um dos pontos negativos levantados se trata da possibilidade, como já mencionado anteriormente, da violação da separação dos poderes.

A separação de poderes é um fundamento constitucional trazido na Constituição Federal de 1988 em seu art. 2º: “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Com essa separação de poderes, tem-se que cada um deles exercerá funções divergentes, ocorrendo assim a divisão de poderes entre os órgãos. SILVA, 2004, assevera que:

A divisão de poderes fundamenta-se, pois, em dois elementos: (a) especialização funcional, significando que cada órgão é especializado no exercício de uma função; assim, às assembleias (Congresso, Câmaras, Parlamento) se atribui a função Legislativa; ao Executivo, a função executiva; ao Judiciário, a função jurisdicional; (b) independência orgânica, significando que,

além da especialização funcional, é necessário que cada órgão seja efetivamente independente dos outros, o que postula ausência de meios de subordinação. Trata-se, pois, como se vê, de uma forma de organização jurídica das manifestações do Poder.

Tendo em vista que cada poder exerce funções diferentes, cabe-se levantar questionamentos acerca do ativismo judicial, pois ao decidirem de forma mais ativista, os membros do Poder Judiciário, que não são escolhidos pelo voto popular, não estariam legislando sobre a matéria debatida e assim invadindo a função de outro órgão?

CAMPOS, 2004, leciona que:

Ante a omissão legislativa, o STF tem sido chamado a se pronunciar sobre determinadas matérias que caberiam ao Legislativo regulamentar. Por vezes, o STF não se limita a declarar a omissão legislativa, indo além do que a dogmática legalista tradicional convencionou ser o papel do Judiciário, qual seja, a subsunção do fato à norma, e ante a imposição de obrigações aos outros poderes e aos administrados em geral, a doutrina diz que há intromissão indevida do Judiciário nos demais Poderes da República, ferindo os princípios da separação dos poderes, a democracia e o estado democrático de direito.

Também fazendo críticas ao ativismo judicial DWORKIN, 1999, diz 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.

Em consequência a essa suposta lesão a separação de poderes causada pelo ativismo judicial, ainda poderíamos ter outro ponto negativo que seria uma possível politização da justiça. Luís Roberto Barroso já

dizia que numa conjuntura pós-positivista, onde temos uma notável aproximação entre o Direito e a Ética, em que aquele se tornou um instrumento de legitimidade, da justiça e da realização da dignidade da pessoa humana, poucas críticas são mais desqualificantes para uma decisão judicial do que considerar esta uma decisão plenamente política e não jurídica, explicando ainda explica que (BARROSO, 2008):

Evidentemente, Direito não é política no sentido de admitir escolhas livres, tendenciosas ou partidarizadas. O facciocismo é o grande inimigo do constitucionalismo. O banqueiro que doou para o partido do governo não pode ter um regime jurídico diferente do que não doou. A liberdade de expressão de quem pensa de acordo com a maioria não pode ser protegida de modo mais intenso do que a de quem esteja com a minoria. O ministro do tribunal superior, nomeado pelo Presidente Y, não pode ter a atitude a priori de nada decidir contra o interesse de quem o investiu no cargo. Uma outra observação é pertinente aqui. Em rigor, uma decisão judicial jamais será política no sentido de livre escolha, de discricionariedade plena. Mesmo nas situações que, em tese, comportam mais de uma solução plausível, o juiz deverá buscar a que seja mais correta, mais justa, à luz dos elementos do caso concreto. O dever de motivação, mediante o emprego de argumentação racional e persuasiva, é um traço distintivo relevante da função jurisdicional e dá a ela uma específica legitimação.

Logo, por mais que o ativismo judicial possa dar uma maior liberdade para o poder judiciário, tem-se que ter muito cuidado com o uso exacerbado dele para não se acabar invadido funções de outros órgãos e deixando o poder judiciário totalmente politizado.

4.3 Vantagens do sistema de precedentes

4.3.1 Segurança Jurídica

Com a adoção dos precedentes vinculantes, o jurisdicionado terá a certeza do posicionamento do Judiciário em relação àquela situação

posta em juízo e saberá que em qualquer juízo competente para aquele caso, a decisão será uniforme, evitando a incerteza das decisões judiciais contraditórias no mesmo juízo ou em juízos diversos (SANTO, 2014, p. 3).

Dessa maneira, as teses jurídicas formuladas em precedentes vinculantes efetivam a aplicação do princípio da segurança jurídica, implícito na Constituição Federal e essencial para o Estado Democrático de Direito. É garantia de estabilidade e de certeza dos negócios jurídicos, de sorte que as pessoas saibam de antemão que, uma vez envolvidas em determinada relação jurídica, esta se mantém estável, mesmo sem modificar a base legal sob a qual se estabeleceu (SILVA, 2004).

4.3.2 Celeridade processual obtida através do sistema de precedentes

O art. 5º, LXVIII, CF, dispõe que a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Apesar de explícito o princípio da razoável duração do processo, o nosso sistema judiciário encontra-se cada vez mais abarrotado de ações judiciais. Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em média, as sentenças em primeira instância na Justiça Estadual são proferidas após quatro anos e quatro meses desde o início do processo.

Diante da demora em proferir decisões definitivas, é necessário criar meios para garantir a resolução dos conflitos em tempo hábil e de maneira eficiente. Um dos meios adotados pelo CPC/15 foi o sistema de precedentes, em especial os precedentes vinculantes. A adoção desse sistema não fere o princípio do devido processo legal, da duração razoável do processo, o acesso à justiça, imparcialidade do juiz e o contraditório. Em realidade, o sistema torna possível a efetivação desses princípios, inclusive desestimula a litigância quando já há um entendimento cediço, aliviando o sistema judiciário.

O respeito aos precedentes poderá trazer maior agilidade ao Judiciário, na medida em que permitem que processos posteriores que tratam de situações idênticas sejam solucionados de forma mais rápida, pois magistrado aproveitará todo estudo já realizado pelos Tribunais

superiores. Ao constatar a paridade de situações, o julgador aplicará o precedente, o que permite com que o magistrado tenha mais tempo para se dedicar aos outros casos que exigem solução individualizada (SANTO, 2014, p. 4).

4.4 Desvantagens do sistema de precedentes

O sistema de precedentes, em contraponto ao que o ativismo judicial traz, pode mitigar a autonomia dos magistrados, pois este deixaria de ser “a boca da lei” para ser “a boca da jurisprudência”. Ainda, critica-se que em razão de decisões repetitivas baseadas em precedentes, não há atualização de entendimentos de forma a melhor aplicar o direito ao caso concreto.

Sustenta-se que obrigar o juiz a decidir de acordo com um precedente violaria a sua independência. Ser independente no sistema jurídico brasileiro significa poder interpretar a lei da maneira que achar correta, desde que de maneira fundamentada. No nosso sistema, de tradição romano-germânica, o juiz poderá dar significado à Lei, ainda que exista posicionamento reiterado em outro do sentido, fixado pelo tribunal. Isso não violaria o direito da parte, pois esta tem à sua disposição os recursos e outros meios de impugnação das decisões judiciais (SANTO, 2014, p. 5).

5. Conclusão

O ordenamento jurídico brasileiro hoje adota o sistema de precedentes a fim de dar celeridade ao andamento processual e segurança jurídica, a partir de uma jurisprudência uniforme e coesa. Por outro lado, os magistrados também atuam de forma ativa em suas decisões, ou seja, diante de um caso concreto cria regras novas a serem seguidas, substituindo o Poder Legislativo. Ambos, o sistema de precedentes e o ativismo judicial conversam entre si, em muitos pontos se contrapondo.

Essa criação de regras novas pelo Poder Judiciário põe em xeque o Estado Democrático de Direito, visto que os juízes togados não são eleitos pelo povo. Ao contrário, o Poder Legislativo é o representante

direto do povo, cabendo apenas ao judiciário a interpretação de normas abertas, como a da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88).

Contudo, o que na realidade há é um Poder Legislativo que não acompanha as mudanças sociais ou incapaz de realizar qualquer mudança em tempo hábil daí a necessidade de um Poder Judiciário mais ativo e atento. Isso, de certa forma, é benéfico para a sociedade.

Porém, havendo manifestação do legislador, existindo lei válida votada pelo Congresso concretizando uma norma constitucional ou dispondo sobre matéria de sua competência, deve o juiz acatá-la e aplicá-la. Ou seja: dentre diferentes possibilidades razoáveis de interpretar a Constituição, as escolhas do legislador devem prevalecer, por ser ele quem detém o batismo do voto popular (BARROSO, 2008).

Apesar de algum progresso que o ativismo judicial possa trazer para o Direito Brasileiro, este não pode ocorrer de maneira desenfreada e sem limites. O uso efetivo dos precedentes judiciais, especialmente dos vinculantes, pode servir para frear a atuação “legislativa” do judiciário. Apesar de críticas quanto ao perigo da inovação jurídica e a própria violação à autonomia judicial, percebe-se que o respeito aos precedentes não fere a autonomia funcional do juiz. A garantia da independência funcional do juiz existe para assegurar a liberdade de julgar, livre de pressões políticas e do medo de represálias (subsídio reduzido, transferência para a inatividade, etc.). Existe para que o juiz possa decidir a favor de quem realmente tem direito, é uma garantia do juiz em benefício do jurisdicionado e não do próprio magistrado em si (CAMARGO, 2012, p. 553-674)

Ademais, não se pode afirmar que com a adoção do sistema, há um congelamento do Direito. Como exposto, existem técnicas para a distinção do caso concreto ou até mesmo a superação do precedente (*distinguishing* e *overruling*, respectivamente). Logo, estes mecanismos permitem com que o direito esteja em constante evolução, acompanhando a dinamicidade da sociedade, e não estático.

Dessa maneira, entende-se que o sistema de precedentes e o ativismo judicial são maneiras de garantir a adequação das normas jurídicas as constantes mudanças sociais, incapazes de serem acompanhadas pelo Poder Legislativo, para a melhor aplicação do direito ao caso concreto.

6. Referências

- BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**, 2008. Disponível em: http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso: mar 2019.
- BRASIL. **Decreto 16.273 de 20 de dezembro de 1923**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D16273.htm. Acesso em mar 2019.
- _____. **Lei 13.105 de 16 de março de 2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em mar 2019.
- _____. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em mar 2019
- CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. **A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro**. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). Direito jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Forense, 2004;
- CAMPOS, Fernando Teófilo. **Sistema de Precedentes: Conceitos fundamentais para evitar confusões na sua aplicação**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 12 jan. 2018. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590234&seo=1>. Acesso em: mar. 2019.
- DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 1. 11ª Ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015;
- DWORKIN, Ronald. O império do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999;

FUJITA, Gabriel. **STF e a união homoafetiva: uma breve análise do ativismo judicial como garantidor dos direitos fundamentais.** Jus Navegandi, nov 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/70168/stf-e-a-uniao-homoafetiva-uma-breve-analise-do-ativismo-judicial-como-garantidor-dos-direitos-fundamentais>. Acesso em mar 2019.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil.** 10. Ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

Notícias Supremo Tribunal Federal. **STF reconhece a transgêneros possibilidade de alteração de registro civil sem mudança de sexo.** Brasília, mar 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=371085>. Acesso em: mar 2019.

. **1º Turma afasta prisão preventiva de acusados da prática de aborto.** Brasília, nov. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=330769> . Acesso em: mar 2019.

OLIVEIRA NETO, José da Costa. **Evolução histórica da utilização dos precedentes judiciais.** Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 15 maio 2018. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590707&seo=1>. Acesso em: 03 mar. 2019.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial. Parâmetros Dogmáticos.** São Paulo: Saraiva, 2010.

REIS, Bárbara Emilie Alves dos. **Ativismo Judicial: conceito e diferenciações.** Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 22 ago. 2016. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.56618&seo=1>. Acesso em: mar. 2019.

SANTO, Geruza Ribeiro do Espírito. **A vinculação dos precedentes judiciais no Direito brasileiro e a autonomia judicial.** Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 10 out 2014. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.56618&seo=1>. Acesso em: mar. 2019.

SANTOS, Samuel Bertolino dos. **A evolução do sistema de precedentes no direito brasileiro: o sistema jurídico brasileiro e os falsos óbices à sua utilização. Direito e Segurança Jurídica.** In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 107, dez 2012. Disponível em: http://ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12501&revista_caderno=9. Acesso em mar 2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto - o sistema (sic) de precedentes no CPC?** *Consultor Jurídico*, 18 ago. 2016. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc#_ftnref1. Acesso em: mar. 2019.

TUCCI, José Rogério Cruz. ***Precedente Judicial como fonte do direito.*** São Paulo: RT, 2004.

A LINDB E A CONTRATAÇÃO DIRETA DE SERVIÇOS JURÍDICOS

Adelson Barbosa Damasceno

1 INTRODUÇÃO

Há muito tempo os Tribunais vêm sendo abarrotados de processos relacionados à contratação direta de serviços jurídicos pela Administração, conforme previsão dos artigos 13 e 25 da Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos.

Mesmo após decisões impactantes proferidas pelos Tribunais Superiores, especialmente no REsp nº. 1.192.332/RS no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e da Ação Penal 917, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, e ainda do própria Recomendação Nº 36/2016 do Conselho Nacional do Ministério Público – todas pontuando pela regularidade da inexigibilidade de licitação para contratação de serviços jurídicos, os Ministérios Públicos Estaduais têm ingressado com ações civis de improbidade, ação civis de ressarcimento e ações penais questionando o não atendimento especialmente a dois requisitos: a notória especialização e singularidade do objeto.

Em 2018 entra em vigor a Lei 13.655/2018 que promove substanciais alterações na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB), em especial no que tange aos marcos interpretativos para o controle da Administração Pública inclusive quanto à própria aplicação dos princípios constitucionais.

Assim, o presente estudo visa responder à seguinte indagação: como devem ser interpretados os requisitos da notória especialização e

singularidade do objeto para contratação de serviços jurídicos a partir da Lei 13.655/2018?

A partir do método hipotético-dedutivo de Karl Popper – eliminação de erros a partir de uma hipótese – serão abordados os principais aspectos da Lei 13.655/2018 que impactam os contratos de serviços jurídicos firmados através de inexigibilidade de licitação, a confrontação entre o conceito de licitação e a natureza dos serviços jurídicos e, por fim, propor um novo alcance aos conceitos de notória especialização e singularidade do objeto a partir dessa nova matriz interpretativa.

As hipóteses aqui levantadas apontam para a impossibilidade de questionamento acerca do cumprimento dos requisitos da notória especialização e singularidade do objeto nos contratos de prestação de serviços jurídicos firmados a partir de inexigibilidade de licitação sem que, com isso, o controlador demonstre, de forma incontroversa, a existência de desvio de recursos ou incapacidade técnica do contratado, haja vista que ambos os requisitos e sua aferição encontram-se, nesse caso, intangíveis ao controle externo a partir da Lei 13.655/2018 a qual conclui-se como sendo de observância obrigatória pelas instâncias controladoras, sob pena de violação ao princípio da separação entre os Poderes e da própria ideia de representatividade democrática.

Para tanto, o trabalho tem como marco teórico a Lei 13.655/2018 e, como fontes bibliográficas bancos de teses e dissertações da Capes, acervo bibliográfico pessoal, acervos de Legislação, notícias, bem como artigos em periódicos.

2 A LEI 13.655/2018: UMA REAÇÃO À DESCONFIANÇA DEMOCRÁTICA

Um dos grandes problemas relacionados às inúmeras celeumas do Direito Administrativo Brasileiro se refere à sua apropriação conceitual e ao seu monopólio interpretativo por parte de uma elite intelectual denominada a ordem dos publicistas. (SUNDERFELD, 2014)

A desconfiança que paira sobre os gestores públicos, especialmente os eleitos, reflete uma desconfiança contra a própria democracia e, no combate a esse mal democrático, o Direito Administrativo cria cada vez mais institutos de contenção da atividade política para

deslocar as decisões, que seriam de competência dos representantes da sociedade, para as instâncias de controle dotados de conhecimento técnico-jurídico.

Ao representante político, muitas vezes com pouca instrução formal e eleito por aqueles que também se encontram nessa mesma condição, não é permitido ditar os rumos de uma sociedade e fazer valer as vontades da sociedade e, para tanto, tem sua atuação sujeita a um processo de mecanização imposta pelo Direito Administrativo.

O processo de encriptação do Direito Público, especialmente do Direito Administrativo, se vale de conceitos jurídicos indeterminados e imprecisos, cujos resultados não cargo do gestor mas, do ente controlador.

Assim, a ausência de critérios capazes de orientar a atividade fiscalizadora que paira sobre a gestão pública, e aqui não se pode negar sua importância dentro de uma lógica republicana, está justamente na sobreposição da vontade democrática pela vontade do técnico-controlador.

Por sua vez, impor aos órgãos de controle o respeito à vontade popular, consubstanciada na figura do representante eleito, muitas vezes é entendida como uma afronta pessoal já que, para alguns, a função controladora lhe é um direito subjetivo e não uma função sujeita a regras e a serviço das finalidades do Estado.

Ao citar Ernest Forsthoﬀ, Ruy Cirne Lima externa sua preocupação com a indevida apropriação dos poderes do Estado por servidores e agentes públicos como se esses lhe fossem um direito subjetivo:

A atribuição de uma competência não significa de nenhum modo a outorga de um direito subjetivo público. O conceito de competência pertence à esfera institucional: nela não são conhecidos direitos subjetivos, pois esses existem apenas entre pessoas. As instituições como tais não podem ser titulares de direitos subjetivos, mas apenas em certos momentos, quando pelo reconhecimento de uma capacidade jurídica são também pessoas jurídicas. A competência outorga consigo à autoridade pública o direito (e naturalmente a obrigação) para os que estão a ela vinculados de fazerem o uso dela. Mas a autoridade públi-

ca não tem qualquer direito à competência. (FORSTHOFF, 1973, p. 452 *apud* LIMA, 2007, p.387)

Sérgio Buarque de Holanda (1936), Raymundo Faoro (1975), Maria Sylvia do Carvalho Franco (1976) e Florestan Fernandes (2006) todos já manifestaram essa preocupação há muito tempo.

Todos os pontos acima geraram, nas conclusões de NETO e PALMA(2017) tais disfunções como (i) captura das competências públicas, com deslocamento de competências administrativas para órgãos e entes com maior prestígio, mas não raro desprovidos de capacidade institucional para lidar com a gestão pública; (ii) neopatrimonialismo, caracterizado por um controle exercido de acordo com as predileções pessoais e a orientação jurídica do controlador; (iii) desvirtuamento da atividade-fim, na medida em que os gestores, temerosos de sanções, passam a priorizar o atendimento de demandas dos controladores, em detrimento da execução da atividade-fim da Administração; (iv) limitação dos reais efeitos do controle no combate à corrupção; (v) gestão de defesa, isto é, o administrador de boa-fé torna-se refém dos órgãos de controle; (vi) competição institucional de órgãos de controle entre si; e (vii) decisões instáveis e mutáveis.

Isso tudo é efeito colateral do ceticismo em relação à ideia de representatividade democrática.

Ulysses Guimarães assim disse ao proclamar a Constituição de 1988:

Democracia é a vontade da lei, que é plural e igual para todos, e não a do príncipe, que é unipessoal e desigual para os favorecimentos e os privilégios. Se a democracia é o governo da lei, não só ao elaborá-la, mas também para cumpri-la, são governo o Executivo e o Legislativo. O Legislativo brasileiro investiu-se das competências dos Parlamentos contemporâneos. (BRASIL, 1988)

Em algum momento o tão sonhado antídoto para combater o ímpeto do gestor público, tornou-se um veneno mortal para um dos alicerces da democracia: a separação dos Poderes.

Há a necessidade de buscar um ponto de equilíbrio entre o necessário controle da Administração mas, há também de se impor às instâncias controladoras um critérios interpretativos das regras de Direito Público sob pena de usurpação indevida das competências de outro Poder.

Ainda que de forma tímida, a Lei 13.655/2018, originária do Projeto de Lei Nº 349/2015 de autoria do Senador Antônio Anastasia, tenta equacionar essa distorção, conforme justificativa apresentada pelo seu autor:

Como fruto da consolidação da democracia e da crescente institucionalização do Poder Público, o Brasil desenvolveu, com o passar dos anos, ampla legislação administrativa que regula o funcionamento, a atuação dos mais diversos órgãos do Estado, bem como viabiliza o controle externo e interno do seu desempenho.

Ocorre que, quanto mais se avança na produção dessa legislação, mais se retrocede em termos de segurança jurídica. O aumento de regras sobre processos e controle da administração têm provocado aumento da incerteza e da imprevisibilidade e esse efeito deletério pode colocar em risco os ganhos de estabilidade institucional. (BRASIL, 2015)

Segundo este, os desafios a cargo do Poder Público demandam que a atividade e atividade de regulamentação e aplicação das leis sejam submetidas as novas balizas interpretativas e, para isso, inserir na LINDB meios para se combater os maiores problemas relacionados ao Direito Público tais como (i) o alto grau de indeterminação das normas públicas; (ii) a tendência de superficialidade na formação de juízo sobre complexas questões jurídico-públicas; (iii) instabilidade dos atos jurídicos públicos pelo risco de potencial invalidação posterior e (iv) os efeitos negativos já que as decisões de controle tendem a vir de processos judiciais. (SENADO, 2015)

Assim, foram propostos novos princípios gerais interpretativos a impedir decisões que não levem em consideração suas consequências práticas (arts. 20 e 21); impedir o controle meramente formal e o de-

ver de observâncias das dificuldades praticas do agente público (art. 22); impedir a aplicação de novos entendimentos sobre conceitos indeterminados a situações ocorridas anteriormente (art. 23); impedir a invalidação e condenação injusta de autoridades em caso revisão de suas decisões e vedar a responsabilização do agente quando fundada em orientação plausível, excetuando o erro grosseiro e dolo (art. 28). (BRASIL, 2018)

Trata-se de importante instrumento jurídico de aperfeiçoamento das atividades de controle, cujos reflexos atingem todos os campos e regras aplicáveis à Administração Pública, inclusive as que incidem sobre as contratações públicas.

3 A CELEUMA DA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PARA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS JURÍDICOS

Com o tempo gerou-se um senso, quase que comum, de que a discricionariedade administrativa é algo que deve ser combatido.

Ao tratar da chamada competência discricionária Perez (2015) lhe dá a devida relevância:

“chamado poder discricionário, ocorre um fenômeno um tanto distinto. Nestes casos a legislação dá ao administrador ou à autoridade pública certo grau de liberdade de escolha, deixando de vinculá-lo de modo absoluto. É certo que não há nestes casos liberdade plena ou livre-arbítrio da autoridade pública, mas há uma liberdade instrumental, isto é, uma liberdade de escolha entre opções que possam em tese atender a finalidade pública específica ou o interesse público específico inerente à prática de um determinado ato, à tomada de uma determinada decisão. (...) Melhor dizendo, a conveniência e oportunidade do ato de revogação devem ser expressamente apontadas pela autoridade pública, possibilitando a verificação de sua legalidade ou de sua conformidade ao interesse público no caso concreto”. (PEREZ, 2015, p.65-66)

Evidente que a rigidez da denominada competência vinculada, se fosse a única existente, levaria o gestor público a atuar apenas e tão

somente quando, como e onde a lei assim predissesse, algo inimaginável dado ser ela geral a abstrata e, portanto, incapaz de prever todos os acontecimentos futuros.

Assim, a discricionariedade é necessária à efetivação de algumas tarefas a cargo do Estado onde caberá ao gestor a decisão que melhor irá atender, dadas as circunstâncias concretas, o interesse público em jogo.

Como visto, os órgãos de controle têm demonstrado empolgação²⁴ no ajuizamento de ações civis de improbidade administrativa contra gestores, servidores e particulares o que leva a uma divisão entre duas preocupações plausíveis: uma em relação à boa gestão pública e outra em relação à preservação da imagem, da liberdade e do patrimônio.

O controle, muitas vezes meramente formal, porquanto exercido por profissionais do Direito e sem expertise para analisar os resultados qualitativos de atos ou contratos administrativos, leva a uma justa preocupação, por parte do gestor, de ser orientado por profissionais mais experimentados no Direito Público a fim de lhe garantir a segurança na tomada de decisões que são necessárias à atividade administrativa.

Todavia, a teor do disposto no art. 37, XXI da Constituição Federal, as contratações para atendimento das necessidades públicas prescindem, ressalvadas as exceções previstas em Lei ordinária, da prévia realização de processo público competitivo – licitação. (BRASIL, 1988)

A Lei Geral de Licitações de Contratos Administrativos – Lei 8.666/93, traz a hipóteses de inexigibilidade de licitação, nos interessando aquelas relacionadas à contratação de serviços jurídicos, previstas no art. 25, I, vejamos:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

[...]

II – para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou em-

24 Nesse sentido em 2017, segundo o MPF, foram ajuizadas cerca de 2.371 ações de improbidade administrativa. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/balanco-de-2017-aponta-eficiencia-do-mpf-no-combate-a-improbidade-administrativa>. Acesso: 02/04/2020

presas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

Já o art. 13 traz o rol taxativo dos serviços técnicos especializados que, no que se refere aos serviços jurídicos, seriam pareceres, perícias e avaliações em geral (inciso II); assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias (inciso III) e patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas (inciso V). (BRASIL, 1993)

Também no art. 25 há uma conceituação jurídica da notória especialização o que leva a crer que os serviços singulares seriam aqueles elencados no art. 13:

§ 1º. Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

De princípios norteadores da Administração Pública, impessoalidade e moralidade passaram a ser adotados como fundamentação jurídica para propositura de ações contra gestores, pareceristas e advogados contratados.

Decisões de maior relevância sobre a inexigibilidade de licitação de serviços jurídicos, proferidas pelos Tribunais Superiores e especialmente o REsp nº. 1.192.332/RS no STJ e a Ação Penal 917 no STF, levaram o Conselho Nacional do Ministério Público a recomendar que seus membros deixassem de ajuizar ações civis públicas em virtude desses contratos. (BRASIL, 2016)

Mesmo com a posição defendida pelo CNMP na Recomendação 36/2016, alguns membros da instituição passaram a questionar o cumprimento dos requisitos do art. 25: notória especialização e singularidade do objeto²⁵.

25 A título de exemplo existem algumas ações civis de improbidade administrativa propostas pelo Ministério Público Mineiro após a publicação da Recomendação Nº 36/2016

Dessa forma, dadas as particularidades inerentes à própria natureza dos serviços jurídicos e aos requisitos estabelecidos na Lei 8.666/93, torna-se necessária sua revisitação a partir desse novo marco interpretativo que prima pela obrigatoriedade de que os órgãos de controle atentem para as reais necessidades da Administração, as obrigações a cargo do gestor no momento da decisão, as dificuldades na tomada de decisões, as particularidades locais e, ainda, a proibição de condenações com base de normas de natureza genérica.

4 POSIÇÕES RECENTES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES: IMPOSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS JURÍDICOS ATRAVÉS DE CRITÉRIOS OBJETIVOS

Em linhas gerais o conceito de licitação, a partir da doutrina administrativista, possui pouquíssimas variações, vejamos aqui alguns exemplos:

Licitação, no ordenamento brasileiro, é processo administrativo em que a sucessão de fases e atos leva à indicação de quem vai celebrar contrato com a Administração. Visa, portanto, a selecionar quem vai contratar com a Administração, por oferecer proposta mais vantajosa ao interesse público. A decisão final do processo licitatório aponta o futuro contratado”. (ME-DAUAR, 2004. p. 213)

A licitação é um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos visando à seleção da proposta de contratação mais vantajosa e à promoção do desenvolvimento nacional, com observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica. (FILHO, 2011, p. 448)

do Conselho Nacional do Ministério Público: ACP Nº 0066660-38.2016.8.13.0693 da Comarca de Três Corações proposta em 13/07/2016; ACP Nº 5000320-90.2017.8.13.0693 distribuída em 19/12/2017; ACP 0007038-56.2017.8.13.0446 distribuída em 28/04/2017; 0025324-55.2016.8.13.0143 distribuída em 10/06/2016. Acesso em 15/07/2017

Licitação é um procedimento administrativo destinado à seleção da melhor proposta dentre as apresentadas por aqueles que desejam contratar com a Administração Pública. Esse instrumento estriba-se na ideia de competição a ser travada, isonomicamente, entre os que preenchem os atributos e as aptidões, necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir. (MARINELA, 2014. p. 361)

É unânime, todavia, que todas as condições necessárias para a escolha de quem será contratado pela Administração deverão ser preestabelecidas no edital de licitação que trará de critérios objetivos de seleção, conforme previsto nos artigos 3º, *caput*; art. 40, VII, art. 42, § 5º; art. 44, *caput* e art. 45, *caput*, todos da Lei 8.666/93. (BRASIL, 1993)

A natureza eminentemente intelectual dos serviços advocatícios e ainda a forma particularizada de sua execução, que varia de profissional para profissional, ainda mais em um ramo de profunda insegurança e complexidade, como é o caso do Direito Público, leva a dificuldades intransponíveis para sua contratação através de critérios que não levem em consideração os aspectos subjetivos do profissional a ser contratado.

Ainda que hajam posições de alguns representantes do Ministério Público e Tribunais de Contas de que os serviços jurídicos devam ser executados por servidores do quadro próprio, temos aqui que essa posição é absolutamente incompatível com a realidade brasileira.

Dados de 2019 ²⁶apontam que o Brasil possui 5.565 Municípios sendo que desses 1.253 possuem menos de 5.000 habitantes, 1354²⁷ possuem entre 10.000 e 20.000 e 1.035 com população entre 20.000 e 50.000 habitantes.

A grande maioria desses pequenos Municípios têm nas transferências constitucionais de outros entes federativos a única fonte substancial de receitas, muitas vinculadas a programas sociais de âmbito nacional e estadual, além de gastos mínimos para saúde e educação, lhe impedindo, assim, uma política de valorização salarial de seus servidores o que

26 Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca=-catalogo?view-detahes&id=2101668>. Acesso em 02/04/2020

27 Disponível em: <https://www.mbi.com.br/mbi/produtos/listas/indice-listas-cidades-populacao-10-a-20-mil-pessoas/>. Acesso em 02/04/2020.

desestimula que profissionais do Direito mais qualificados optem por ocupar cargos dotados de grande responsabilidade, inclusive particular, sem a justa contraprestação.

Além disso, há dificuldades relacionadas à própria distância, em alguns casos, entre a sede do Município e a capital do Estado de modo que eventuais recursos direcionados aos Tribunais, a defesa de interesses perante Tribunais de Contas e mesmo Tribunais Superiores tornam-se difíceis de acompanhamento pelos profissionais do próprio quadro.

Existem ainda uma série de outros entraves concretos que são, naturalmente, esquecidos pela Doutrina Administrativista muito mais preocupada com institutos do Direito Administrativo do que nos aspectos econômicos, sociológicos e culturais do Brasil, institutos esses que muitas vezes serão utilizados exclusivamente para a punição do gestor.

À grande maioria dos Municípios brasileiros, embora falta-lhes recursos e pessoal capacitado, sobra-lhes problemas que em muito pouco se distanciam daqueles enfrentados pelos grandes Municípios diferindo-lhes o fato de não contar com uma procuradoria bem estruturada e qualificada.

Nisso, uma das decisões mais sensíveis à essa realidade veio da proposta de voto do Ministro Dias Toffoli no RE 656.558/SP, cuja repercussão geral já fora reconhecida e pendente dos demais votos, vejamos:

Por outro lado, ausente impedimento específico, a simples existência de procuradores municipais concursados não me parece impedimento, por si só, para a contratação de advogados qualificados sob o manto da inexigibilidade de licitação, quando houver real necessidade e preenchidos os requisitos sobre as quais já me referi.

A singularidade da situação pode exigir da municipalidade a contratação de determinado profissional. Isso porque, realizando-se uma interpretação sistemática do regime jurídico, podemos concluir que existem duas condições cumulativas para se aferir a legalidade de uma contratação de serviços advocatícios – para fins de representação processual ou de consultoria – sem prévia licitação, quais sejam: a) a necessidade e a natureza do serviço, sua singularidade ou complexidade, a evidenciar que

esses não podem ser normalmente executados pelos profissionais do próprio quadro e, b) o caráter não continuado do serviço específico e singular. (BRASIL, 2018)

Sendo possível a contratação de serviços jurídicos pela Administração, inegável que surge uma segunda dificuldade a qual consiste exatamente na impossibilidade de se definir, através de critérios objetivos, qual seria o melhor profissional para atender seus interesses.

Nessa linha, mesmo partindo-se para tipos de licitação como melhor técnica ou melhor técnica e preço, tem-se que há a invasão de requisitos que são subjetivos ao passo que, a exigência de uma qualificação mais elevada poderá e, provavelmente levará, a futuros questionamentos acerca da própria lisura do certame ou de uma restrição à ampla participação.

Nessa mesma linha do STJ trouxe a seguinte diretriz:

A singularidade dos serviços prestados pelo Advogado consiste em seus conhecimentos individuais, estando ligada à sua capacitação profissional, sendo, dessa forma, inviável escolher o melhor profissional, para prestar serviço de natureza intelectual, por meio de licitação, pois tal mensuração não se funda em critérios objetivos (como o menor preço). (REsp. 1.192.332/RS, Rel. Min.NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 19.12.2013).

Existem, claro, várias outras decisões nessa mesma linha ao passo que ainda prevalece, especialmente no âmbito do Ministério Público, cerca resistência em relação à impossibilidade de se estabelecer, através de critérios objetivos, a contratação de serviços jurídicos.

A questão central é que o próprio conceito de licitação e as particularidades da Administração, e especialmente no âmbito dos Municípios menores, afastam, por completa, a lógica de que a obrigatoriedade de licitação não comporta exceções e que todas elas estariam à margem dos princípios da legalidade, moralidade e impessoalidade.

Daí, há de se ter em mente que não é possível controlar, nesse caso, o poder de escolha do gestor e tão pouco querer, a instância

controladora, ingressar na esfera de discricionariedade que lhe é legítima e privativa, razões pelas quais a licitação não abarca, por natureza lógica, a sua utilização para a contratação e serviços de natureza intelectual, especialmente os serviços jurídicos.

5 NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO E SINGULARIDADE DO OBJETO DE ACORDO COM A LEI 13.655/2018

A Lei 13.655/2018 buscou garantir previsibilidade na interpretação das regras de Direito Público e afastar, na atividade de controle, as interpretações fundadas em regras e valores com alto grau de indeterminação.

Niebuhr (2011), já demonstrava preocupação acerca da indeterminação do conceito de notória especialização:

De um jeito ou de outro, o termo notoriedade induz conceito indeterminado, isto é, variável em grau maior ou menor, em decorrência do que se afere discricionariedade em sua apreciação. A determinação do grau mínimo de notoriedade necessária para dar suporte à inexigibilidade não é precisa. (NIEBUHR, 2011, p.169)

Nessa linha tem-se que é absolutamente incompatível, dados os abismos entre as várias realidades vivenciadas pelas Administrações, especialmente as Municipais, de que a ideia de notória especialização seja aquela pincelada no art. 25, § 1º da Lei 8.666/93 e isso porque a própria dicção final desse dispositivo passa por uma avaliação que é subjetiva e pelas impressões pessoais do gestor, ora, quem mais está autorizado a fazer o juízo de que a escolha daquele determinado profissional é a que melhor atenderá as necessidades da Administração, que não a própria Administração enquanto tomadora do serviço? (BRASIL, 1993)

Assim, qualquer questionamento acerca da notória especialização passa, de forma inevitável, pela substituição do juízo valorativo do Administrador Público, formada a partir das necessidades concretas e da complexidade das obrigações que estão a seu cargo, pela concepção legalista e imprecisa desse requisito por parte do órgão controlador o

que, nessa linha, afronta a literalidade dos artigos 20 e 21 da LINDB. (BRASIL, 1988)

Há de ser considerado ainda condições como a própria abrangência territorial do conceito de notória especialização, a qual não pode ser resumida exclusivamente aos grandes centros e apenas àqueles profissionais que venham a obter um renome de âmbito nacional, até mesmo porque dificilmente esses teriam condições de prestar atendimentos particularizados para pequenos Municípios, seja por questões econômicas, seja pelas próprias particularidades da execução do serviço, às vezes nunca vivenciado por aqueles acostumados a militar em estruturas minimamente organizadas.

Não é crível, assim, que nomes como Eros Grau, José Afonso da Silva, Celso Antônio Bandeira de Mello e outros de renome tenham interesse em prestar serviços, especialmente na área consultiva e no patrocínio de causas de menor repercussão, para Municípios pequenos, realidade a partir da qual deve ser entendido o conceito de notória especialização.

A situação concreta, embora não possibilite fazer com que o gestor possa contar com alguém de renome nacional, lhe impõe um dever ético e moral de buscar a melhor alternativa possível para a plena satisfação do interesse público (art. 3º da Lei 8.666/93), regra que não lhe permite, nessas circunstâncias, buscar o profissional mais barato e cuja experiência e trabalhos anteriores não venham a dar a segurança mínima de que o serviço será bem executado. (BRASIL, 1993)

Evidentemente que isso não implica na banalização do instituto da inexigibilidade, a qual deverá se limitar exclusivamente naqueles serviços jurídicos que demandem o manejo do Direito Público e em matérias dotadas de maior complexidade, as quais somente serão aferidas pelo gestor público e diante da situação concreta e das particularidades que envolveram a tomada da decisão, sob pena de não poder invocar as disposições do art. 28 e do art. 24, parágrafo único da LINDB. (BRASIL, 2018)

Outro requisito também, exigido na inexigibilidade de Licitação, é a denominada singularidade do objeto.

Difícil, no ramo do Direito, apontar que um objeto não seria singular. Isso porque não estamos falando de ciências exatas, não se trata

de resolver uma equação, trata-se de um processo analítico e pautado em uma metodologia destinada à interpretação de regras, muitas vezes de forma rápida e quase instantânea, cujos reflexos são de grande repercussão social.

As dificuldades na interpretação das regras de Direito Público levaram a celeumas que se acumularam especialmente a partir de 1988 com a constitucionalização de inúmeros pontos relacionados ao cotidiano na Administração Pública. (BRASIL, 1988)

Quase 30 anos depois, pode-se dizer que a Lei 8.666/93 talvez seja uma das normas que mais dê motivos para propositura de ações civis por ato de improbidade administrativa, em muitos casos porque, de fato, havia a intenção e o dolo de se obter algum tipo de vantagem, ao passo que em tantas outras devido às dificuldades de sua interpretação, seja pelos gestores, seja pelo próprio agente responsável pelo controle.

Assim, como se determinar a singularidade do objeto?

Não há outra maneira senão diante de cada realidade e cada necessidade concreta. O que é inexigível para uma pequena cidade no interior do Mato Grosso pode não ser para a capital Cuiabá.

Singularidade não se confunde com as tarefas rotineiras a cargo da Administração, essa varia de acordo com sua capacidade de resolver esses problemas e com as dificuldades concretas que esse venha a ter no cumprimento de suas obrigações.

A avaliação da singularidade decorre do reconhecimento expreso, por parte da Administração, de que esse não possui condições de executar aquela tarefa e que por essa razão, depende de um auxílio profissional com qualificação acima da média e de sua confiança para sua execução, em síntese, é a própria conclusão contida nos Resp. 1.192.332/RS, Inq 3074 / SC, Ação Penal 917/STF e RE 656.558/SP.

Daí, a interpretação desses dois requisitos pelas instâncias de controle prescindem, obrigatoriamente, fazê-lo com base na minuciosa análise da realidade local, incidindo somente nas hipóteses em que se ficar evidente o dolo com o objetivo de promover o desvio de recursos públicos ou erro grosseiro que, nesse último caso, se materializa quando o profissional ou escritório contratado não detiver comprovações e condições que o coloquem dentro de um rol de profissionais razoavelmente experimentados no Direito Público.

6 CONCLUSÃO

Não restam dúvidas que o Direito Público é dotado de inúmeras normas de conteúdos abstratos e indeterminados, o que abre margem para interpretações totalmente divergentes e geram absoluta insegurança jurídica para os gestores públicos e para todos aqueles que se relacionam com a Administração.

A existência de regras de cunho moral levou a abusos interpretativos por parte de alguns representantes dos órgãos de controle, sendo utilizados especialmente princípios como moralidade e impessoalidade com fundamentos para a propositura de ações contra gestores e particulares.

O Direito Público, e especialmente o Direito Administrativo, tendem a desconfiar a eficiência democrática e, por tais razões, criam um arcabouço de regras ininteligíveis, o que dificulta seu prévio conhecimento por parte dos legítimos representantes da sociedade que, para melhor atendimento às expectativas que lhes foram depositadas e para se resguardarem pessoalmente, precisam cada vez mais contar com bons profissionais do Direito para lhes prestar a necessária orientação.

Várias decisões proferidas pelos Tribunais Superiores já apontam para a desnecessidade de realização de processos licitatórios nesses casos, todavia, mesmo após posições mais recentes por parte do Conselho Nacional do Ministério Público, verifica-se a propositura de ações visando a responsabilidade administrativa, civil e criminal de gestores e advogados onde os controladores invocam o descumprimento dos requisitos da notória especialização e da singularidade do objeto.

Tais conceitos, todavia, são absolutamente imprecisos e indeterminados e sua definição encontra-se dentro da margem de discricionariedade do agente público sendo que nesses casos qualquer atuação das esferas controladoras, administrativa e judicial.

A partir da Lei 13.655/2018, prescindem a análise de todas as circunstâncias concretas que levaram a essa forma de contratação já que se veda a condenação com base em conceitos jurídicos indeterminados e imprecisos, inclusive com base em princípios jurídicos; obrigada que narrada e comprovada a conduta cuja finalidade é o desvio de recursos públicos, seja através da não prestação dos serviços contratados, seja

pela própria falta de condições técnicas mínimas por aquele escolhido a prestar seus serviços para a Administração.

Portanto, tem-se que a observância da Lei 13.655/2018 é indispensável para que haja o devido equilíbrio entre os Poderes, sob pena de que se retire a autonomia decisória do gestor público, fundada na situação concreta, e substituí-la pela discricionariedade do agente controlador, violando a separação dos Poderes e a própria ideia de soberania popular.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Recomendação 36 de 14 de julho de 2016**. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Recomendacoes/Recomenda%C3%A7%C3%A3o-036.pdf>. Acesso em 02/04/2018

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 13/12/2019.

BRASIL. **Lei Nº 8.666 de 21 de junho de 1993**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm. Acesso em: 12/12/2019

BRASIL. **Lei Nº 13.655 de 25 de abril de 2018**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm. Acesso em: 12/12/2019

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp. 1.192.332**. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 24/02/2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipo-PesquisaNumeroRegistro&termo=201000806673&totalRegistros=PorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em 22/02/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal 917/MT**. Rel. Min. Carmem Lúcia. Brasília, 27/10/2017. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28AP%24%2ESCLA%2E+E+917%2ENU->

[ME%2E%29+OU+%28AP%2EACMS%2E+ADJ2+917%2EA-CMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/naz7cyn](http://tinyurl.com/naz7cyn). Acesso 12/02/2020

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Discurso proferido na sessão de 5 de outubro de 1988**, publicado no DANC de 5 de outubro de 1988, p. 14380-14382. Brasil. 1988. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-egislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/constituin-te-1987-1988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-20DISCURSO%20%20REVISADO.pdf>. Acesso em 24/12/2019

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. Rio de Janeiro: Globo, 1975.

FERNANDES, Florestan. **A revolução burguesa no Brasil**. São Paulo: Globo, 2006.

FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. 7ª edição. Editora Fórum. 2011.

FRANCO, Maria Silva do Carvalho. **Homens livres na ordem escravocrata**. São Paulo, Editora Unesp. 1997.

HOLANDA, Sérgio Buarque. **Raízes do Brasil** (26ª ed.). São Paulo: Companhia das Letras. 1995.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios do Direito Administrativo**. 7ª Edição. Editora Malheiros. 2007.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 8ª edição. Editora Impetus. Rio de Janeiro, 2014.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 8ª edição. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2004.

NETO, Floriano de Azevedo Marques e PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Os Sete Impasses do Controle da Administração Pública no Brasil**. In: **Controle da Administração Pública** (Org. PEREZ, Marcos Augusto e SOUZA, Rodrigo Pagani de). Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017, p. 22

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado n° 349, de 2015.**

Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121664>. Acesso em 12/12/2018

PEREZ, M.A; SOUZA, R.P.; (Org), **Controle da Administração Pública**. Editora Fórum. 2017. Belo Horizonte. Brasil. P. 21-37.

POPPER, Karl R. **A lógica da pesquisa científica**. Trad. Leonidas Hegenberg e Octanny

Silveira da Mota. 15. ed. São Paulo: Cultrix, 2006.

RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves; (Org), **Ministério Público - Reflexões Sobre Princípios e Funções Institucionais**. Editora Atlas. Brasil. 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Para Céticos - 2ª Ed.** Editora Malheiros. 2014

A RESTRIÇÃO DOS MEIOS PROBATÓRIOS POR MEIO DAS CONVENÇÕES PROCESSUAIS: ESTUDO EM CONFORMIDADE COM OS PRINCÍPIOS DA COOPERAÇÃO E DA RELATIVIDADE DOS EFEITOS DO NEGÓCIO JURÍDICO

Juliana Bueno Lima de Aguiar

Stephanie Cecote da Silva

Laís Alves Camargos

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo foi desenvolvido com o intuito de analisar o instituto dos negócios jurídicos processuais e das provas à luz do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15). Trata-se de uma pesquisa que visa abordar se as partes plenamente capazes podem, sem a participação do magistrado, celebrar convenções processuais que restringem os meios probatórios; em que medida eventual celebração atinge o poder instrutório do juiz e o exercício da jurisdição; e, por fim, qual a postura a ser adotada pelo juiz frente a tais convenções. Tem-se o intuito, ainda, de investigar se a legislação vigente, especialmente o artigo 190, do CPC/15, é adequada e capaz de abranger toda a complexidade do instituto em tela.

Partiu-se da hipótese de que, quando as partes realizam tal convenção, ficam prejudicados o poder instrutório do juiz e a tutela juris-

dicional adequada, de forma que o acordo não deve produzir efeitos perante o juiz e representa apenas uma colaboração das partes no processo judicial.

Para tanto, foi realizada análise bibliográfica e exegese normativa. Foi utilizado o método hipotético-dedutivo e a pesquisa foi do tipo descritiva, atingindo seu objetivo final e confirmando a hipótese proposta.

Inicialmente, foram precisamente definidos o conceito de negócio jurídico processual e de prova. O instituto dos negócios jurídicos processuais foi exposto em detalhes, evidenciando a obscuridade de seus limites, tendo em vista a vagueza do disposto no artigo 190 do CPC/15. O instituto da prova, por sua vez, foi destacado em suas dimensões, demonstrando sua importância para o processo judicial.

Procurou-se, então, verificar a viabilidade e a eficácia das convenções processuais sobre prova realizadas sem a participação do juiz, levando em consideração a limitação de seus poderes instrutórios, o exercício legítimo da jurisdição e sua posição como sujeito processual e um dos destinatários da prova.

Diante do exposto, foi analisado o princípio da relatividade dos negócios jurídicos, bem como a exegese do artigo 6º do CPC/15, que se refere ao princípio da cooperação, como possíveis interpretação para a pactuação em análise.

Ressalta-se a relevância do presente estudo na compreensão do CPC/15 diante da importância do instituto das convenções processuais, que traduz consequências evidentes à tutela jurisdicional. O estudo minucioso do artigo 190 do referido diploma, especialmente no que tange à pactuação sobre os meios probatórios, revela-se essencial para a compreensão da ordem jurídica em vigor.

2 OS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NO CPC/15

O advento do Código de Processo Civil de 2015 possibilitou a ampliação da liberdade no âmbito processual e conferiu maior relevância ao princípio do respeito ao autorregramento da vontade das partes. O reflexo dessas mudanças encontra-se consubstanciado, especialmente, na cláusula geral de negócio jurídico processual consolidada no artigo

190 do CPC/15, da qual se conclui a regra de que, para além dos negócios jurídicos processuais estabelecidos em lei, os litigantes poderão convencionar sobre matéria processual de maneira atípica:

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade. (BRASIL, 2015).

Trata-se de uma cláusula aberta que permite que as partes assumam posição ativa na construção do procedimento e na convencionalidade acerca de posições processuais, como forma de tornar o processo mais conveniente às suas necessidades (ABREU, 2016).

Por meio da convenção processual, é permitido às partes plenamente capazes acordar sobre o procedimento ou sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais quando se tratar de direitos que admitam autocomposição. Assim, as partes, de acordo com suas vontades e respeitando o ordenamento jurídico, podem moldar o procedimento judicial que melhor atenda ao direito material que está em pauta e às particularidades da demanda.

Valendo-se do instituto em evidência, é possível supor que as partes convençionem sobre matéria probatória, negociando, por exemplo, de forma antecipada, a exclusão ou limitação dos diversos meios probatórios existentes. Dessa forma, tanto as partes quanto o juiz ficam, em princípio, impedidos de produzir a prova proibida pelo acordo. Todavia, tal convenção processual merece estudos mais aprofundados, tendo em vista as implicações e prejuízos que podem ser acarretados por sua celebração.

Destaca-se que a prova é fator fundamental no processo judicial, pois permite ao juiz se certificar da veracidade dos fatos alegados. Nes-

te sentido, prova é “[...] todo e qualquer elemento material dirigido ao juiz da causa para esclarecer o que foi alegado por escrito pelas partes, especialmente circunstâncias fáticas.” (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 859), bem como “[...] uma indução lógica; é um meio com que se estabelece a existência positiva ou negativa do fato probando, e é a própria certeza dessa existência” (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 859). O direito à prova se refere, pois, a um meio essencial para o acesso à ampla defesa, ao contraditório e, conseqüentemente, à ordem jurídica justa. Ademais, um de seus destinatários é o juiz (DIDIER JR., 2016), tendo em vista que ele é quem deverá dar a solução jurídica ao litígio após se convencer acerca da veracidade dos fatos narrados (THEODORO JÚNIOR, 2015), podendo, inclusive, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito de ofício, independentemente do requerimento das partes, consoante artigo 370 do CPC/15²⁸.

A amplitude e genericidade do Código de Processo Civil ao regulamentar a celebração de negócio jurídico processual propiciam a disparidade do posicionamento doutrinário. Especialmente quanto às convenções processuais que tratam da restrição probatória, o posicionamento da doutrina ainda é divergente.

Enquanto alguns doutrinadores, como Fredie Didier Jr., Paula S. Braga e Rafael A. de Oliveira, defendem que tal convenção deve ser admitida, aduzindo que o juiz não pode ignorar este ato de vontade, pois “[...] isso seria o mesmo que negar às partes o protagonismo da cena processual, assumindo-o somente para si.” (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2018, p. 106); Luiz Guilherme Marinoni, em sentido diametralmente oposto, afirma que “[...] a convenção processual não pode excluir prova, impedindo o juiz de decidir com base em convicção adequada.” (MARINONI, 2019, p. 07). Este cenário enseja questionamentos na aplicação do instituto pelo órgão julgador e desfavorece a compreensão das partes sobre os limites de sua atuação ao convencionar.

Nesse contexto, ressalta-se que, nos termos no artigo 190, parágrafo único, do CPC/15, o juiz deverá controlar a validade das convenções, recusando a aplicação apenas se houver nulidade, inserção

28 “Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.” (BRASIL, 2015).

abusiva em contratos de adesão ou quando alguma parte se encontrar em manifesta situação de vulnerabilidade. Contudo, a regra contida no referido parágrafo único, assim como no *caput*, é bastante genérica. Não é hábil a fornecer a melhor interpretação para os limites dos negócios processuais, especialmente tendo em vista que o juiz não está no processo apenas para controlar a validade das convenções processuais (BONIZZI, 2017).

Portanto, verifica-se obscuridades no que tange aos limites dos negócios jurídicos processuais, diante da vagueza do artigo 190 do CPC/15, bem como da ausência de entendimentos jurisprudenciais consolidados sobre o tema, somada à existência de pontos controversos ou pendentes de discussão pela doutrina.

Sendo assim, a despeito da previsão do Código de Processo Civil quanto à possibilidade de controle dos negócios jurídicos processuais pelo juiz apenas nos casos contidos no parágrafo único do artigo 190, problematiza-se, na presente pesquisa, a possibilidade de as partes pactuarem de modo a restringir previamente a utilização de meios de prova pelos sujeitos processuais de modo a atingir os poderes instrutórios do órgão julgador.

3 A CONVENÇÃO PROCESSUAL EM MATÉRIA PROBATÓRIA

É certo que a convenção processual sobre matéria probatória é bastante polêmica, sobretudo porque a autonomia das partes, expressa pela celebração do acordo processual, conflita com os poderes instrutórios do juiz, ensejando implicações práticas relevantes.

Primeiramente, é necessário ressaltar que, em que pesem as respeitáveis inserções da autonomia privada no âmbito processual, o processo não perdeu o seu caráter preponderantemente público, sendo indubitável que a tutela jurisdicional é dever do Estado e direito do jurisdicionado. Nessa lógica, o Estado atraiu para si o compromisso de prestá-la da melhor maneira possível (BORGO, 2017).

Para tanto, o sistema precisa fornecer ao órgão julgador instrumentos para que este tenha condições de julgar adequadamente, fornecendo-lhe ferramentas para a reconstrução apropriada dos fatos.

Ressalta-se que, quanto mais próximo da realidade o juiz estiver, mais segura será a sua decisão, de modo que a tutela jurisdicional efetiva e adequada se aproxima do quanto o juiz consegue reconstruir o arcabouço fático (BORGGO, 2017), estando sua decisão em conformidade com o que é possível averiguar sobre os fatos alegados (MARINONI, 2019).

No que concerne ao campo probatório, esses instrumentos são os poderes instrutórios conferidos ao juiz por vários dispositivos do Código de Processo Civil. Interessa ressaltar novamente a regra fundamental que consta do artigo 370 do novel diploma legal, que permite ao juiz, inclusive de ofício, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. Ora, a iniciativa probatória concede melhores condições ao juiz de decidir adequadamente: lançando mão de seus poderes instrutórios, pode o magistrado determinar a produção de prova que considere essencial para o devido esclarecimento das alegações de fato que ainda não foram suficientemente demonstradas.

Com efeito, vislumbrada a importância dos poderes instrutórios concedidos ao juiz, é questionável, a partir da análise à luz do artigo 190 do CPC/15, se as partes podem excluir ou limitar a produção de determinada(s) prova(s) ou a utilização de determinado(s) meio(s) de prova, haja vista o prejuízo à iniciativa probatória do juízo.

Quanto ao objeto do negócio jurídico processual, o referido artigo é expresso ao estabelecer que as partes podem convencionar acerca de seus próprios ônus, poderes, faculdades e deveres processuais. Da simples leitura do dispositivo é intuitivo depreender que a eficácia do negócio processual se limita às partes contraentes. Assim, as partes não estão, nem poderiam estar autorizadas a negociar sobre ônus, poderes, faculdades ou deveres alheios, sob pena de violação ao princípio da relatividade dos efeitos do negócio jurídico.

Tal análise, que se refere ao princípio da relatividade, oriundo da teoria geral, diz respeito à eficácia dos negócios jurídicos, de modo que seus efeitos se produzem exclusivamente entre as partes, não aproveitando nem prejudicando terceiros (GOMES, 2007).

Essa ideia se aplica às convenções processuais, não sendo possível que o acordo implique em prejuízos a terceiros, incluindo o juiz. Afinal, aquele que não manifesta a sua declaração de vontade não se vin-

cula à estrutura negocial, mas aquele que o faz, torna-se parte e sofre os efeitos ligados ao negócio.

Logo, sem a participação do juiz, a convenção em comento fere o mencionado princípio, uma vez que há intensa interferência da negociação no que diz respeito a poderes e deveres do magistrado.

Nesse sentido, a Escola Judicial Edésio Fernandes, vinculada ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais, editou o enunciado nº 12, no ano de 2016, estabelecendo que “É vedado às partes convencionar sobre poderes e deveres do Juiz, inclusive sobre os seus respectivos prazos” (MINAS GERAIS, 2016).

Sob a mesma perspectiva, Humberto Theodoro Júnior ensina que:

É evidente que a possibilidade de as partes convencionarem sobre ônus, deveres e faculdades deve limitar-se aos seus poderes processuais, sobre os quais têm disponibilidade, jamais podendo atingir aqueles conferidos ao juiz. Assim, não é dado às partes, por exemplo, vetar a iniciativa de prova do juiz, ou o controle dos pressupostos processuais e das condições da ação, e nem qualquer outra atribuição que envolva matéria de ordem pública inerente à função judicante. (THEODORO JR, 2015, p. 487)

Para a melhor compreensão da temática proposta pela presente pesquisa, pode-se supor uma situação prática hipotética, na qual as partes tenham celebrado previamente convenção processual estabelecendo que não será produzida, no processo, prova oral. Assim, o magistrado também ficaria obstado a determinar a produção desta prova. Entretanto, compulsando os autos e notando a necessidade da prova oral para a adequada solução do litígio, o juiz decide pela produção da aludida prova. Nesse cenário, observam-se interesses conflitantes: de um lado, há a atribuição de poderes instrutórios ao órgão julgador (artigo 370 do CPC); e, de outro, a autonomia privada dos litigantes.

A partir disso, entende-se que permanecem inalterados os poderes instrutórios do juiz, de modo que é viável a produção da prova necessária de ofício a despeito do negócio jurídico processual. Ora, conforme

já evidenciado, de acordo com o princípio da relatividade dos efeitos do negócio jurídico, a convenção processual em discussão não produz eficácia em relação ao magistrado, que é terceiro estranho à relação negocial previamente estabelecida.

Outrossim, entende-se que

[...] a eficácia dos negócios processuais é imediata e independente de homologação judicial, sendo possível o controle judicial somente *a posteriori* e apenas para o reconhecimento de defeitos relacionados aos planos da existência ou da validade da convenção [...] (REDONDO, 2016, p. 207).

Diante das peculiaridades que envolvem a convenção processual em estudo, o magistrado pode negar aplicação ao negócio. Nesse sentido, Diogo Assumpção Rezende de Almeida salienta que o julgador, quando da comunicação pelas partes da celebração de convenção processual, pode expressar a “[...] concordância (ou discordância) quanto ao conteúdo da convenção se esta versar sobre poderes do juiz ou sobre atos que também devem ser praticados pelo magistrado.” (ALMEIDA, 2014, p. 139).

Verifica-se que a aludida convenção avança em seara que ultrapassa a autonomia das partes, ensejando prejuízos à atividade de julgamento ao excluir os poderes instrutórios do julgador, de forma que há prejuízo ao adequado exame dos fatos e da adequação destes ao direito objetivo.

Cumprido salientar que a convenção que restringe provas importantes ao deslinde do feito obsta a possibilidade do juiz de decidir adequadamente e, conseqüentemente, realizar o exercício legítimo da jurisdição. Isso porque o magistrado se encontra impedido de determinar as provas que reputa essenciais para o adequado esclarecimento do caso concreto, em razão da negociação da impossibilidade da produção de provas necessárias à elucidação das alegações de fato.

Logo, indaga-se a exclusão da participação do julgador na formação das convenções probatórias, tendo em vista que o magistrado, além de sujeito processual, é um dos destinatários da prova, tendo seu poder instrutório e seu dever de decidir adequadamente atingidos intensamente no caso do acordo entre os litigantes pela restrição probatória.

Considera-se que melhor cenário do que desconsiderar o negócio jurídico processual, negando-lhe aplicação, seria aquele em que o juiz participasse da formação da convenção processual, de forma que houvesse a consolidação de um verdadeiro acordo processual plurilateral, no qual todos os sujeitos processuais delimitassem as provas essenciais a serem produzidas no processo. Tal cenário privilegiaria o princípio da conservação dos contratos (*favor negotii*), que busca afastar toda interpretação que leve à ineficácia do negócio jurídico, bem como o modelo cooperativo de processo, em que o órgão judicante deve, ao mesmo tempo que as partes, participar da construção da decisão adequada, todos em colaboração (AUILO, 2014).

O processo cooperativo tem como um de seus pilares de sustentação o princípio da cooperação, expresso no artigo 6º, do CPC/15, de acordo com o qual “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva” (BRASIL, 2015).

Trata-se de um

[...] desdobramento do princípio moderno do contraditório assegurado constitucionalmente, que não mais pode ser visto apenas como garantia de audiência bilateral das partes, mas que tem a função democrática de permitir a todos os sujeitos da relação processual a possibilidade de influir, realmente, sobre a formação do provimento jurisdicional. (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 107).

Neste ínterim, observa-se que é de assaz importância a participação do magistrado na formação do negócio jurídico processual que visa a restrição de meios probatórios, favorecendo o diálogo entre os sujeitos processuais, bem como a construção de uma decisão adequada. Caso contrário, o juiz poderá interpretar a pactuação consoante o princípio da relatividade dos efeitos do negócio jurídico, tendo em vista que o acordo não terá eficácia em relação a ele. Ademais, poderá defini-lo como uma colaboração das partes para a indicação das provas que, para o caso concreto, são essenciais, nos moldes do princípio da cooperação.

Ressalta-se a necessidade de que o magistrado possa, a partir de ambas as interpretações, determinar a produção de todos os demais meios probatórios que considerar importantes para o esclarecimento do caso concreto, obviamente devendo respeitar a condição estabelecida pelo artigo 370, a saber, a necessidade da prova, bem como os limites decorrentes do sistema processual, em especial, o devido processo legal, o princípio da isonomia e a análise do custo-benefício da prova a ser produzida (BORGO, 2017).

4 CONCLUSÃO

Diante do exposto, deduz-se que a autonomia das partes no âmbito processual deve ser garantida a fim de viabilizar um processo democrático, porém é preciso que haja um limite quanto às interferências das partes no processo judicial no que concerne à pactuação acerca da produção de provas quando realizada sem a participação do juiz. Dessa forma, não é possível que os litigantes obstem a iniciativa probatória do magistrado, especialmente em decorrência da imprescindibilidade da obtenção da prestação jurisdicional adequada.

Diante disso, é de suma importância evitar, no âmbito dos negócios processuais, o equilíbrio entre os interesses privado e público, sem que haja atrofia dos poderes do magistrado ou hipertrofia da autonomia das partes. No caso da convenção processual para restrição aos meios probatórios, esse equilíbrio seria alcançado por meio da participação do juiz na formação do negócio.

Nesse sentido, por meio de uma atividade colaborativa, os sujeitos processuais, quais sejam, as partes e o juiz, ambos destinatários da prova, delimitariam as provas a serem produzidas no processo, visto que o juiz não deve figurar como um mero espectador de acordos que podem atingir fortemente seus poderes instrutórios, devendo assumir posição que extrapola o previsto no parágrafo único do artigo 190 do Código de Processo Civil.

Assim, nos casos em que não houver a participação do magistrado, este não estará vinculado ao cumprimento do negócio, sobretudo em virtude do princípio da relatividade dos negócios jurídicos, de modo que a convenção pode ser interpretada consoante o princípio da coo-

peração, presente no artigo 6º do CPC/15, tratando-se de uma colaboração das partes para a determinação da prova que é considerada essencial para esclarecer a situação fática. O juiz, por sua vez, conforme artigo 370, do Código de Processo Civil, poderá, de ofício, determinar a produção da prova que entender necessária para sua decisão, desde que se utilize de uma decisão fundamentada que justifique a imprescindibilidade de determinar outras provas em detrimento do acordo e que respeite os limites derivados do sistema processual.

Por fim, é importante salientar que não se pretende depreciar a expressão da autonomia das partes, devendo esta ser respeitada. Busca-se, na verdade, a compatibilização dos interesses envolvidos por meio da participação ativa tanto das partes, quanto do magistrado, que muito tem a acrescentar quanto ao debate das provas.

Compreende-se que, somente assim, por meio do diálogo e cooperação entre todos os sujeitos processuais, haverá o favorecimento à segurança jurídica e a construção da tutela jurisdicional adequada.

REFERÊNCIAS

ABREU, Rafael Sirangelo de. Customização processual compartilhada: o sistema de adaptabilidade do novo CPC. **Revista de Processo**. v. 257, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.257.07.PDF. Acesso em: 30 mar. 2020.

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **Das convenções processuais no processo civil**. Tese (Doutorado). Rio de Janeiro: Universidade Estadual do Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: http://bdt.d.ibict.br/vufind/Record/UERJ_1a46d725f58dd6f-586384fe24e1903da. Acesso em: 30 mar. 2020.

AUILO, Rafael Stefanini. **O modelo cooperativo de processo civil**: a colaboração subjetiva na fase de cognição do processo de conhecimento. Dissertação (Mestrado). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2014. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/dispo>

niveis/2/2137/tde-31082017-105437/publico/Dissertacao_Mestrado_RSA.pdf. Acesso em: 30 mar. 2020.

BONIZZI, Marcelo José Magalhães. Estudos sobre os limites da contratualização do litígio e do processo. **Revista de Processo**, v. 269. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/113367>. Acesso em: 30 mar. 2020.

BORGO, Maria Célia Nogueira Pinto. **Flexibilização procedimental e negócio processual sobre provas**. Palestra em evento da Comissão de Processo Civil OAB Londrina. 2017. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Vlx7saoCCog>. Acesso em: 30 mar. 2020.

BRASIL. **Código de Processo Civil**, promulgado no dia 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 30 mar. 2020.

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

DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios Processuais**. 2. ed., Salvador: Juspodivm, 2016.

GODINHO, Robson Renault. Negócios processuais e o duplo grau de jurisdição. *In*: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios processuais**. 2. ed., Salvador: Juspodivm, 2016.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. A convenção processual sobre prova diante dos fins do Processo Civil. **Revista de Processo**, v. 288, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. Disponível em:

https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/159450?locale-attribute=pt_BR. Acesso em: 30 mar. 2020.

MINAS GERAIS. **Enunciados sobre o Código de Processo Civil de 2015**. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2016. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/7820/1/Cartilha%20-%20sa%C3%ADda.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2020.

REDONDO, Bruno Garcia. Negócios processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios processuais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Teoria geral do processo civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. v. I. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

DA OBRIGATORIEDADE INCONDICIONADA DE INTIMAÇÃO DA PARTE AGRAVADA COMO CONDIÇÃO AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE RECORRER: ANÁLISE DO INCISO II DO ARTIGO 1.019 DO CPC/2015

Jessica Sérgio Miranda

Laís Alves Camargos

Pedro Henrique Abreu Cunha

Sérgio Henriques Zandoná Freitas

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por escopo analisar a (im)possibilidade de obstaculização do direito de recorrer, frente a inviabilidade de cumprimento da regra prevista no artigo 1.019, inciso II, do Código de Processo Civil de 2015 (CPC), a qual determina seja realizada a intimação da parte agravada para apresentar resposta ao agravo de instrumento.

Assim, no primeiro capítulo, o direito fundamental ao recurso foi estudado sob o prisma do Estado Democrático de Direito, paradigma jurídico adotado pela Constituição da República de 1988 (CR/88), o qual possibilitou, além da estruturação de direitos e garantias processuais fundamentais em seu arcabouço jurídico, a potencialização, como

consectário lógico, de um processo dialético, na qual há a possibilidade efetiva de as partes influenciarem na construção da decisão.

Em seguida, adentrou-se na pesquisa específica do direito fundamental ao recurso, verificando qual o seu conceito atual baseado no Estado Democrático de Direito, o porquê de ser um dos direitos fundantes da ordem democrática e qual a consequência de sua limitação para a construção democrática do provimento final.

Após, foi realizada a análise de julgados do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), momento em que foi constatado que parcela dos magistrados integrantes do TJMG interpretou o inciso II, do artigo 1.019, do CPC em desarmonia com o entendimento do STJ, no sentido de que o agravo de instrumento deve ter seguimento negado quando não efetivada a intimação pessoal da parte agravada para apresentar resposta ao recurso.

Assim, foi feito o estudo acerca da possibilidade de referido entendimento estar restringindo o acesso ao recurso como direito processual fundamental previsto na Constituição da República 1988, ou seja, limitando o prolongamento do debate democrático, inserindo o contraditório em patamar superior.

Isso porque, há situações em que a relação jurídica processual sequer foi regularmente constituída pela citação em primeiro grau e inexistente endereço do recorrido.

Quanto à metodologia empregada, o artigo foi desenvolvido com a utilização do método hipotético-dedutivo. A fonte da pesquisa foi bibliográfica, constituída por livros, artigos científicos, dissertações, e teses de doutoramento, além da análise de julgados do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. O foco hermenêutico proposto para este estudo teve como marco teórico o direito fundamental ao recurso, baseado na Teoria do Processo Constitucional Democrático.

Trata-se de questão com importância teórico-acadêmico-científica e prática, por ter sido verificada a divergência de posicionamento dentro de um mesmo tribunal, privilegiando unicamente o direito ao contraditório, em detrimento do direito fundamental de recorrer.

2 O DIREITO FUNDAMENTAL AO RECURSO

Partindo-se da compressão de direito como o resultado de um processo dialético por ser decorrente de tensões sociais em uma sociedade múltipla e complexa, não há dúvidas acerca da necessidade de que os fenômenos jurídicos sejam estudados dentro de um determinado contexto, o qual permeia as relações jurídicas existentes em cada momento histórico. No caso, a Constituição da República de 1988, em seu preâmbulo e artigo 1º²⁹, adotou como paradigma o Estado Democrático de Direito.

Trata-se, o Estado Democrático de Direito, de um preceito, que, apesar de colacionar preceitos dos paradigmas do direito liberal e do direito social, significa a junção dos princípios do Estado de Direito e do Estado Democrático, ou seja, ele consagra a limitação do exercício do poder do Estado, com a supremacia da Constituição da República e a democracia de processo, na qual o magistrado deve afastar a aplicação de normas contrárias à CR/88, visando sempre a efetivação dos direitos fundamentais.

Além disso, o Estado Democrático de Direito baseia-se no direito do povo às funções do Estado, essenciais e jurídicas (legislativa, executiva e a jurisdicional) que, do ponto de vista do processo, efetivado estará o direito ao devido processo constitucional, desde que observados os preceitos elencados na Constituição de 1988 (FREITAS, 2014).

O devido processo legal, alicerçado no devido processo constitucional, visa garantir a presença dos princípios processuais constitucionais, estrutura normativa prevista no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição da República de 1988, o qual assegurou que “ninguém será

29 «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 liberdade, 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.” (BRASIL, 1988). “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...]” (BRASIL, 1988).

privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, 1988).

Assim, importante salientar

[...] que a interpretação sistemática da Constituição da República deve ser prestigiada, condensando todas as garantias constitucionais ao invés de examinar isoladamente algumas delas, em detrimento de outras, sendo necessário assegurar a observância dos pressupostos essenciais do processo sem, contudo, sumarizar a cognição [...] (FREITAS; CAMARGOS, 2020, p. 516).

Não olvidando, portanto, que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 deve ser interpretada de forma sistemática, no inciso LV do artigo 5º, prevê que, seja em processo judicial ou administrativo, são assegurados aos litigantes o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (BRASIL, 1988).

Trata-se, o recurso, do meio legal para se impugnar provimentos jurisdicionais e administrativos suscetíveis de reversibilidade em outra instância diversa daquela em que foram exarados (LEAL, 2018).

Todavia, além de conferir às partes a oportunidade de reverter a decisão, o recurso lhes concede também a oportunidade de promover a continuação do debate democrático processual, garantindo, assim, maior legitimidade do provimento final, por ter tido, a parte, real oportunidade de influenciar e de fiscalizar a decisão³⁰. Assim, deve ser, o recurso, compreendido como direito fundamental.

Por se tratar de direito fundamental que garante a possibilidade efetiva das partes influenciarem na construção da decisão, e ser garantidor de outros direitos fundamentais na instância recursal, como o

30 Sobre o direito de fiscalizar a decisão: “[...] os direitos de participação e de fiscalização incessantes, intersubjetivas e isentas de coerções erigem-se fundamentais para a obtenção da legitimidade do Direito no paradigma jurídico-constitucional ora analisado. Assim, enquanto vigente o paradigma jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito, a tomada de decisões relevantes passa pela observância irrestrita desses direitos, que, por conseguinte lógico, também devem reger os discursos de aplicação do Direito.” (THIBAU, 2008, p. 350).

contraditório, o recurso, previsto na Constituição da República, não pode, portanto, sofrer absolutamente nenhuma limitação por parte de normas infraconstitucionais.

Ademais, uma das regras básicas para a compreensão de pontos essenciais à tutela constitucional do processo é a inconstitucionalidade por supressão ou privação de recursos (BARACHO, 2004, p. 71-72).

Além disso, pode-se argumentar que constitui, o recurso, um desdobramento do próprio direito de ação³¹ e acesso à justiça, direitos estes consagrados no artigo 5º da Constituição da República: “XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;” (BRASIL, 1988).

Sobre o acesso à justiça, é possível dizer, em resumo, que o sistema deve ser acessível a todos e também produzir resultados que sejam individual e efetivos para os afetados, sem a exclusão de direitos:

A expressão “acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. Nosso enfoque, aqui, será primordialmente sobre o primeiro aspecto, mas não poderemos perder de vista o segundo. Sem dúvida, uma premissa básica será a de que a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, pressupõe o acesso efetivo. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 8)

Assim, uma suposta limitação do acesso ao direito fundamental ao recurso, seria inconstitucional já que também estar-se-ia restringindo o devido processo constitucional e o direito constitucional de acesso à justiça.

31 “XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;” (BRASIL, 1988)

3 O CONTRADITÓRIO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO: ANÁLISE DO ARTIGO 1.019, INCISO II DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Trata-se o recurso de agravo de instrumento cabível contra decisões interlocutórias³² nas situações específicas enumeradas no artigo 1.015 do Código de Processo Civil de 2015³³. Importante ressaltar que referida norma teve a taxatividade mitigada pelo Superior Tribunal de Justiça conforme RESP 1.704.520/MT³⁴.

32 “Art. 203. Os pronunciamentos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.

§ 1º Ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução.

§ 2º Decisão interlocutória é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no § 1º” (BRASIL, 2015).

33 “Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: I - tutelas provisórias; II - mérito do processo; III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem; IV - incidente de descon sideração da personalidade jurídica; V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação; VI - exibição ou posse de documento ou coisa; VII - exclusão de litisconsorte; VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio; IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros; X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução; XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º; XII - (VETADO); XIII - outros casos expressamente referidos em lei. Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.” (BRASIL, 2015).

34 “RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. NATUREZA JURÍDICA DO ROL DO ART. 1.015 DO CPC/2015. IMPUGNAÇÃO IMEDIATA DE DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS NÃO PREVISTAS NOS INCISOS DO REFERIDO DISPOSITIVO LEGAL. POSSIBILIDADE. TAXATIVIDADE MITIGADA. EXCEPCIONALIDADE DA IMPUGNAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. REQUISITOS. [...] 6- Assim, nos termos do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015, fixa-se a seguinte tese jurídica: O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação. [...] (REsp 1704520/MT, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 05/12/2018, DJe 19/12/2018)». (BRASIL, 2018).

O agravo de instrumento é modalidade de recurso interposto diretamente perante o órgão superior ao prolator da decisão interlocutória, para apreciação imediata da questão incidental contra a qual se insurge a parte, sendo necessário, para tanto, que seja formado um instrumento, contendo cópias das peças essenciais para apreciação da matéria recorrida.

É recurso que, em regra, não possui efeito suspensivo, de modo que, após sua interposição e distribuição, não sendo hipótese de não conhecimento ou desprovimento imediato (art. 932, incisos III e IV, do CPC) poderá, o Relator, atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, desde que haja requerimento da parte neste sentido, comunicando ao juiz sua decisão, conforme prevê o artigo 1.019, inciso I, do CPC³⁵.

A norma dispõe, ainda, que, ao receber o agravo de instrumento, o Desembargador relator deverá determinar a intimação do agravado para apresentar resposta ao recurso em 15 dias, inclusive caso não tenha advogado constituído nos autos, hipótese em que a intimação deve ser pessoal:

Art. 1.019. Recebido o agravo de instrumento no tribunal e distribuído imediatamente, se não for o caso de aplicação do art. 932, incisos III e IV, o relator, no prazo de 5 (cinco) dias:

[...]

II - ordenará a intimação do agravado pessoalmente, por carta com aviso de recebimento, quando não tiver procurador constituído, ou pelo Diário da Justiça ou por carta com aviso de recebimento dirigida ao seu advogado, para que responda no prazo de 15 (quinze) dias, facultando-lhe juntar a documentação que entender necessária ao julgamento do recurso; [...]. (BRASIL, 2015).

35 “Art. 1.019. Recebido o agravo de instrumento no tribunal e distribuído imediatamente, se não for o caso de aplicação do art. 932, incisos III e IV, o relator, no prazo de 5 (cinco) dias:

I - poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão; [...]” (BRASIL, 2015).

Referida disposição, objeto desta pesquisa, prestigia o princípio do contraditório, que se trata de um dos direitos fundamentais de caráter processual, estando, assim, previsto expressamente na Constituição da República de 1988, no inciso LV do artigo 5º: “[...] aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;” (BRASIL, 1988).

Acerca do princípio constitucional do contraditório, pode-se dizer que:

[...] se traduz nas mesmas oportunidades que devem ser dadas às partes de serem ouvidas no processo (judicial ou administrativo), como também da paridade de tratamento, mesmos instrumentos processuais e da liberdade de discussão da causa, fazendo valer seus direitos e pretensões, ajuizando ação e apresentando resposta, requerendo e produzindo provas, interpondo recursos das decisões e apresentando resposta. (FREITAS, 2014, p. 84).

Além disso, o princípio constitucional do contraditório também deve garantir que as partes contribuam de forma efetiva para a escolha da norma aplicável ao caso:

[...] o princípio constitucional do contraditório determina, por um lado, que às partes sejam dadas iguais oportunidades de atuação no “procedimento que prepara o provimento” e, por outro, que essas partes, a partir da reconstrução e interpretação compartilhadas também dos próprios fatos, possam efetivamente contribuir argumentativamente para a escolha da norma aplicável ao caso concreto, gerando repercussões obrigatórias na atividade de fundamentação desenvolvida pelos órgãos judicantes. (LEAL, 2002, p. 20).

Assim, o contraditório, como direito processual fundamental, deve ser oportunizado em sua plenitude. Somente assim é possível verificar que as relações jurídicas existentes estejam sendo permeadas pelo Estado Democrático de Direito.

E este foi, sem dúvidas, o objetivo do inciso II do artigo 1.019 do Código de Processo Civil de 2015.

Não obstante, a partir da análise de julgados do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, foi possível perceber que alguns Desembargadores colocaram o princípio do contraditório acima de todos os outros, como por exemplo, do direito fundamental ao recurso.

Isso porque, em acórdãos proferidos em recurso de agravo de instrumento, interpostos em face de decisões interlocutórias acerca de pedidos liminares, diante da ausência de indicação – por impossibilidade da parte agravante neste sentido – do endereço da parte agravada para sua intimação para apresentar contraminuta, os recursos não foram conhecidos, por suposta afronta ao princípio do contraditório³⁶:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - PRELIMINAR DE OFÍCIO - NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO - PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO - OBSERVÂNCIA - INADMISSIBILIDADE - Na esteira da jurisprudência do STJ (REsp 1.148.296/SP), a intimação da parte agravada para apresentar resposta ao recurso é procedimento natural de preservação do princípio do contraditório, de modo que se a parte agravante não fornece o endereço para tanto, a inadmissibilidade de ofício do recurso é medida que se impõe. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.18.132744-6/001, Relator: Des. Pedro Bernardes, 9ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 04/02/2020, publicação da súmula em 10/02/2020). (MINAS GERAIS, 2020a).

36 TJMG - Agravo Interno Cv 1.0000.19.002612-0/002, Relator: Des. José Marcos Vieira, 16ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 31/07/2019, publicação da súmula em 01/08/2019. TJMG - Agravo Interno Cv 1.0024.14.189461-8/002, Relator: Des. Pedro Aleixo, 16ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 24/04/2019, publicação da súmula em 25/04/2019.

TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0145.01.004628-5/001, Relator: Des. Maurílio Gabriel, 15ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 16/08/2018, publicação da súmula em 24/08/2018.

TJMG - Agravo Interno Cv 1.0002.17.002972-8/002, Relator(a): Des.(a) Mônica Libânio, 11ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 24/10/2018, publicação da súmula em 07/11/2018.

TJMG - Agravo Interno Cv 1.0000.17.001145-6/002, Relator: Des. Alexandre Santiago, 11ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 14/06/0017, publicação da súmula em 19/06/2017.

O principal fundamento utilizado pelo Desembargador Relator, no exemplo acima, centrou-se na necessidade de preservação do princípio do contraditório, sem o qual o recurso tornar-se-ia inadmissível, por se tratar de medida imprescindível a viabilizar o julgamento do recurso de agravo de instrumento.

O questionamento que exsurge é a obstaculização do direito fundamental ao recurso de uma das partes em razão da inviabilidade de indicação de endereço da parte agravada, ou quando frustrada a tentativa de intimação no endereço inicialmente apontado e inexistindo outro, com base na disposição contida no artigo 1.019, inciso II, do Código de Processo Civil de 2015.

Neste sentido, mister se faz ressaltar que, em que pese a previsão da necessidade de intimação da parte agravada para apresentação de resposta ao recurso - consectário lógico do princípio constitucional do contraditório - não se pode, diante da ausência de conhecimento do agravante sobre o endereço da parte agravada, considerar a medida requisito de conhecimento do recurso ou, ainda, pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do agravo de instrumento.

Isso porque a teoria geral dos recursos indica sete pressupostos de admissibilidade recursal, divididos entre pressupostos intrínsecos e extrínsecos. Dentre os pressupostos intrínsecos, encontram-se o cabimento, a legitimidade, o interesse em recorrer (necessidade e adequação) e a inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer (desistência, renúncia ou aquiescência). Quanto aos pressupostos extrínsecos, são eles a tempestividade, o preparo e a regularidade formal.

Ademais, há a hipótese em que é desnecessária a intimação pessoal para a apresentação de resposta ao recurso, qual seja, quando o réu ainda não foi citado e o recorrente (autor em primeiro grau) desconhece o endereço do demandado.

Ora, se ainda não houve a citação da parte contrária no juízo de origem, a relação ainda não foi regularmente constituída, hipótese somada ao desconhecimento do endereço do demandado pelo demandante, a situação não poderá significar inviabilidade de interposição de recurso por parte do autor da ação, em face de decisão interlocutória que lhe foi desfavorável.

O Superior Tribunal de Justiça, em algumas ocasiões³⁷, já decidiu que na hipótese em que a relação jurídica ainda não foi regularmente constituída na ação em primeiro grau, não há a obrigatoriedade da intimação do agravado/demandado:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SUPOSTA OFENSA AO ART. 527 DO CPC/1973. PROVIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. RELAÇÃO PROCESSUAL NÃO EFETIVADA. INEXISTÊNCIA DE CITAÇÃO. AUSÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE DA INTIMAÇÃO DO AGRAVADO PARA OFERECER RESPOSTA AO RECURSO. AGRAVO INTERNO DO ENTE ESTATAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. **1. A jurisprudência desta Corte Superior firmou entendimento segundo o qual não é obrigatória a intimação da parte contrária para apresentar contrarrazões ao Agravo de Instrumento que tenha por finalidade a concessão ou a revogação de medida liminar, na hipótese em que a relação processual ainda não foi efetivada pela citação** (AgInt no RMS 49.705/PR, Rel. Min. GURGEL DE FARIA, DJe 6.2.2017; REsp. 1.583.092/RS, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 24.5.2016). **2. Agravo interno do Ente Estatal a que se nega provimento.** (AgInt no AREsp 1041445/ES, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/05/2019, DJe 20/05/2019). – grifos nossos (BRASIL, 2019).

Frise-se, ausente um dos principais efeitos jurídicos da citação, que corresponde na complementação da estrutura tríplice da relação processual jurídica, somada a hipótese de inexistência do endereço do demandado por parte do demandante, ora agravante, torna-se dispensada a intimação da parte recorrida para apresentar resposta ao

37 Superior Tribunal de Justiça. AgInt no RMS 49.705/PR, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/12/2016, DJe 06/02/2017.

recurso, sem que isso vá significar em não conhecimento do agravo de instrumento, uma vez que não resulta em violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Harmoniza-se, inclusive, com outro julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, na qual a Turma Julgadora entendeu que a norma contida no artigo 1.019, inciso II, do CPC deve ser interpretada de acordo com os demais princípios e postulados que regem o direito processual brasileiro, em especial a eficiência, a razoável duração do processo, a proporcionalidade e a razoabilidade, afastando a rigidez em seu conhecimento, na sua aplicação, nas hipóteses em que a parte sequer foi citada³⁸ e desconhecido o endereço do demandado/agravado.

Assim, além da divergência de entendimento acerca da mesma matéria dentro do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em desarmonia com a posição do Superior Tribunal de Justiça, acrescente-se que o próprio Código de Processo Civil de 2015 prevê hipóteses (e.g. parágrafo único do art. 9º do CPC) nas quais não se aplica, como exemplo de postergação – mas não eliminação – do princípio do contraditório, o disposto no *caput* do artigo 9º, o qual obsta a prolação de decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida:

Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no *caput* não se aplica:

I - à tutela provisória de urgência; [...] (BRASIL, 2015).

38 “AGRAVO DE INSTRUMENTO - INTIMAÇÃO DO AGRAVADO - DESNECESSIDADE - JUSTIÇA GRATUITA - PESSOA JURÍDICA - OBRIGATORIEDADE DE COMPROVAÇÃO. Considerando que o objetivo primordial da norma contida no art. 1.019, II do CPC é o exercício do contraditório e da ampla defesa pela parte recorrida, tal disposição deve ser interpretada pelo Juízo ad quem em consonância com os demais princípios que regem o direito processual, mormente a proporcionalidade, razoabilidade e eficiência, bem como a celeridade e economia processual, afastando a rigidez na sua aplicação nas hipóteses em que a parte sequer foi citada e não se vislumbra qualquer prejuízo ao recorrido com o julgamento do recurso. Para a concessão dos benefícios da justiça gratuita às pessoas jurídicas, cabe a elas comprovar, cabalmente, a sua hipossuficiência.” (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0525.11.009742-1/001, Relator: Des. Estevão Lucchesi, 14ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 27/02/2020, publicação da súmula em 27/02/2020). (MINAS GERAIS, 2020b).

Deste modo, nos casos em que não houver êxito na intimação da parte agravada para apresentar contraminuta, a análise do recurso não pode ser obstada sob pena de limitar o acesso a outro direito processual fundamental, que é o recurso.

4 CONCLUSÃO

O recurso é um direito fundamental previsto na Constituição da República que garante a possibilidade efetiva das partes influenciarem na construção da decisão, bem como de prolongar o debate democrático processual.

Além disso, é garantidor de outros direitos fundamentais na instância recursal, como o contraditório, sendo inaceitável que sofra qualquer limitação por parte de normas infraconstitucionais.

Analisado detidamente o inciso II do artigo 1.019 do Código de Processo Civil de 2015, foi possível perceber sua intenção de garantir, na instância recursal, em sede de agravo de instrumento, o direito ao contraditório. Direito este também englobado no devido processo constitucional que assegura que as partes contribuam de forma efetiva para a escolha da norma aplicável ao caso.

Ao examinar a Constituição de 1988 de forma sistemática, indene de dúvidas de que ambos os direitos constitucionais - ao recurso e ao contraditório - devem ser observados, com a prudência e as cautelas necessárias para que um princípio não inviabilize o outro.

Assim, não é possível restringir o acesso ao recurso, como foi observado em alguns julgados do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, sendo fundamental o prestígio à insurgência recursal como corolário do princípio do devido processo legal e constitucional.

Os tribunais e seus magistrados devem seguir exatamente o que determina o inciso II do artigo 1.019 do Código de Processo Civil de 2015, ou seja, conceder à parte recorrida a possibilidade de contraditório, ainda que ela não tenha feito parte da relação processual até aquele momento, mediante sua intimação pessoal, mas observada a existência do seu endereço e, na hipótese de inexistir a informação com o recorrente, autor da ação em primeiro grau, a ele não pode ser negado o direito constitucional ao recurso.

REFERÊNCIAS

- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do processo constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, v. 90, p. 69-170, 2004. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/4/3>. Acesso em: 30 mar. 2020.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Brasília DF, Senado: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 mar. 2020.
- BRASIL. Planalto. Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF, Senado, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 26 mar. 2020.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 1041445/ES, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 13/05/2019, publicado no Diário de Justiça eletrônico de 20/05/2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1041445&b=A-COR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 30 mar. 2020.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 1704520/MT, Relatora Ministra Nancy Andrichi, julgado em 05/12/2018, publicado no Diário de Justiça eletrônico de 19/12/2018. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?repetitivos=JULGADO+E+CONFORME+E+%22RECURSOS+REPETITIVOS%22&processo=1704520&b=A-COR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 30 mar. 2020.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandoná. **A impostergável reconstrução principiológica- constitucional do processo administrativo disciplinar no Brasil**. 2014. Tese (doutorado). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_FreitasSHZ_1.pdf. Acesso em: 30 mar. 2020.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandoná; CAMARGOS, Laís Alves. Uma análise do parágrafo 3º do artigo 1.013 do CPC frente ao princípio constitucional do contraditório. **Revista Meritum**. Belo Horizonte, v. 14, n. 2, jul./dez. 2019. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/7712/pdf>. Acesso em: 30 mar. 2020.

LEAL, Andre Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. Belo Horizonte: Forum, 2018.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Agravo de Instrumento n. 1.0000.18.132744-6/001, Relator Desembargador Pedro Bernardes, julgado em: 04/02/2020, publicado no Diário de Justiça eletrônico de 10/02/2020. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.18.132744=6-2%001F&pesquisaNumeroCNJ-Pesquisar>. Acesso em: 30 mar. 2020.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Agravo de Instrumento n. 1.0525.11.009742-1/001, Relator Desembargador Estevão Lucchesi, julgado em 27/02/2020, publicado no Diário de Justiça eletrônico de 27/02/2020). Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&nume>

roUnico=1.0525.11.009742=1-2%001F&pesquisaNumeroCNJ-
Pesquisar. Acesso em: 30 mar. 2020.

THIBAU, Vinícius Lott. Os paradigmas jurídico-constitucionais e a interpretação do Direito. **Revista Meritum**. Belo Horizonte, v. 3, n. 1, jan./jun. 2008. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/787/631>. Acesso em: 30 mar. 2020.

A DICOTOMIA ENTRE O CUMPRIMENTO ESPONTÂNEO DA OBRIGAÇÃO E O INTERESSE RECURSAL PARA INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO

Ailana Silva Mendes Penido

Jessica Sérgio Miranda

Pedro Henrique Abreu Cunha

1 INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é apresentar reflexão a respeito da dicotomia entre o cumprimento espontâneo da obrigação imposta por decisão judicial e o interesse recursal para interposição de agravo de instrumento contra a referida decisão. Dessa forma, procura-se responder a seguinte questão: a parte que cumpre espontaneamente obrigação imposta por decisão judicial durante o processo perde o interesse recursal para interposição de agravo de instrumento?

Assim, no primeiro capítulo, os recursos e os pressupostos de admissibilidade foram estudados sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, os quais, embora constituam garantia constitucional, submetem-se, no âmbito judicial, a um juízo de procedimentalidade para que o mérito recursal seja examinado.

Em seguida, adentrou-se à análise sobre os pronunciamentos judiciais e a obrigatoriedade de seu cumprimento pelas partes, inclusive

com possibilidade de fixação de penalidade – astreintes – para compelir a parte à implementação da obrigação imposta.

Ao final, concluiu-se que a parte que cumpre espontaneamente determinação constante da decisão judicial, anteriormente à interposição do recurso, não perde o interesse recursal para interposição de agravo de instrumento, haja vista que tal recurso, em regra, não possui efeito suspensivo, mantendo-se a obrigação imposta plena, exigível e produzindo seus efeitos na ordem jurídica.

A metodologia adotada foi a utilização do método hipotético-dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfica, em livros, teses, dissertações e artigos, bem como análise de julgados do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, sendo que o foco hermenêutico proposto terá como marco teórico a teoria do processo constitucional. Trata-se de tema com importância teórico-acadêmico-científica e prática, uma vez que consiste em um assunto pouco explorado pela doutrina e com manifesta divergência jurisprudencial.

2 DO RECURSO E SEUS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, adotou em seu preâmbulo e artigo 1⁹³⁹, o paradigma do Estado Democrático de Direito, caracterizado pela articulação dos princípios do Estado de Direito e do Estado Democrático, que

[...] permite criar para o Estado um sistema constitucional marcado de forma preponderante pela associação do poder políti-

39 «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 liberdade, 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.” (BRASIL, 1988). “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...]” (BRASIL, 1988).

co legitimado do povo (democracia) com a limitação do poder estatal pelas normas constitucionais e infraconstitucionais integrantes do seu ordenamento jurídico (Estado de Direito), sobretudo aquelas normas voltadas à proteção dos direitos e garantias fundamentais positivados no texto da Constituição. (BRÊTAS, 2018, p. 227).

Trata-se de preceito que assegura o direito do povo à função jurisdicional, garantida pelo devido processo constitucional, que objetiva a preservação do ordenamento jurídico no julgamento dos casos concretos submetidos à apreciação do Estado por meio de processos judiciais, impossibilitando que o magistrado profira julgamento sem se vincular ao complexo de regras e princípios constitucionais, que são a base do Estado de direito. (CAMARGOS, PENIDO, 2019, p. 05).

Assim, consagrou-se, na Constituição da República de 1988, os direitos de acesso à justiça (artigo 5º, inciso XXXV, CR/1988) e ao devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV, CR/1988), segundo os quais “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, assegurando-se, ainda, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, 1988).

O devido processo legal ou devido processo constitucional, base de sustentação do processo constitucionalizado, se forma, precipuamente, pelo direito de ação, compreendida esta como o direito de obter do Estado a prestação jurisdicional através da jurisdição, do direito à ampla defesa, com todos os meios a ele inerentes; o direito à revisão das decisões por um órgão colegiado, consectário do duplo grau de jurisdição e garantia de tratamento isonômico aos sujeitos do processo, dentre outros (FREITAS; CAMPOS, 2016, p. 304-305).

Tem-se, deste modo, como desdobramento do devido processo legal, o direito da parte ao duplo grau de jurisdição, a ser exercido por meio do recurso, assim entendido como “meio legal de impugnabilidade dos provimentos (decisões) jurisdicionais e administrativos elencados pela lei como suscetíveis de revisibilidade em outra instância diversa daquela em que foram exarados.” (LEAL, 2018, p. 320).

Todavia, embora constitua-se garantia constitucional, submete-se o recurso, no âmbito judicial, à pressupostos de admissibilidade divi-

didados, pela teoria geral dos recursos, entre pressupostos extrínsecos e intrínsecos. Dentre os pressupostos extrínsecos, inserem-se a tempestividade, o preparo e a regularidade formal. Quanto aos pressupostos intrínsecos, são eles o cabimento, a legitimidade, a inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer (desistência, renúncia ou aquiescência) e o interesse em recorrer (necessidade e utilidade).

Nessa ambientação, qualquer manifestação do tribunal sobre a matéria impugnada ou matérias de ordem pública depende, em primeiro lugar, da declaração de procedibilidade do recurso, que é exercida no juízo de admissibilidade, sendo necessário que tenha condições de ser conhecido. (PITTA, 2014, p. 50-51).

Para o escopo desta pesquisa, destacam-se, dentre os pressupostos intrínsecos de admissibilidade, a inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer e o interesse recursal, tendo em vista que se busca fazer uma reflexão acerca da admissibilidade recursal quando cumprida espontaneamente a obrigação imposta pela decisão judicial que será objeto do recurso de agravo de instrumento.

Quanto ao primeiro, a inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer, implica dizer que não pode recorrer aquele que pratica ato incompatível com a vontade de recorrer, tal como a aceitação da decisão, que pode ser expressa ou tácita, nos termos do art. 1.000, do Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL, 2015).

Por sua vez, o interesse para recorrer decorre da existência de prejuízo ou gravame ao vencido ou terceiro prejudicado ou, por dever, a outrem que a lei indicar (LEAL, 2018, p. 324). Revela-se, assim, por meio do binômio necessidade e utilidade.

Na definição utilizada pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1732026/RJ⁴⁰, “a necessidade refere-se à imprescindibilidade do provimento jurisdicional pleiteado para a obtenção do bem da vida em litígio, ao passo que a utilidade cuida da adequação da medida recursal alçada para atingir o fim colimado” (BRASIL, 2018).

Naturalmente, para que o recurso seja admitido é necessário que a modificação seja, em tese, favorável para o recorrente, isto é, busca-se, por meio do sistema recursal, obter uma situação mais vantajosa.

40 REsp 1732026/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/05/2018, DJe 21/11/2018.

Não por outro motivo, Fernanda Pagatto Gomes Pitta explica que:

[...] pelo princípio da congruência, o magistrado deve sempre decidir nos limites postos pelas partes. Da mesma forma a parte vencedora não poderá recorrer para melhorar sua situação, pois sua situação já atendeu por completo sua pretensão, de forma que não pode buscar além do que pretendia e foi fixado inicialmente no processo.

Por essa razão é que apenas terá interesse em recorrer a parte vencida. Lembrando que a qualidade de “vencida” não é sinônimo de procedência ou improcedência do pedido, especialmente porque a apelação também é cabível para impugnar decisões interlocutórias não impugnadas por meio de agravo de instrumento.

E mais, na hipótese de pedidos subsidiários (quando há ordem de preferência entre os pedidos), caso seja acolhido o pedido subsidiário ao invés do principal ainda assim haverá sucumbência (sucumbência material), que é suficiente para configurar a necessidade da reforma da decisão. O que não se aplica quando os pedidos forem alternativos, pois neste caso o acolhimento de qualquer um deles é suficiente para o autor. (PITTA, 2014, p. 56).

A importância de se demonstrar a necessidade de reforma da decisão impugnada reside mormente em razão de ser desfavorável ao recorrente, de modo que o único meio legítimo para modificar a situação foi socorrer seu inconformismo nos meios legais de impugnação, isto é, interpor o recurso.

Noutro ponto, já com relação à utilidade, verifica-se na aptidão do recurso para reduzir os prejuízos da parte vencida, sucumbente. (PITTA, 2014, p. 56).

Bem por isso, essa utilidade deve ser analisada sob a perspectiva prática, sendo imperioso se observar no caso concreto se o recurso reúne condições de gerar uma melhora na situação prática do recorrente. (NEVES, p. 03).

Deste modo, o conhecimento do recurso encontra-se condicionado ao cumprimento dos pressupostos de admissibilidade, que serão

verificados pelo magistrado, após a interposição e distribuição do recurso.

O que se questiona, nesse sentido, portanto, seria a existência de uma dicotomia entre os pressupostos de admissibilidade recursal (a inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer e o interesse recursal) e o dever de cumprimento das obrigações impostas por decisão judicial, conforme disposição do art. 77, inciso IV, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), assunto a ser melhor tratado no tópico seguinte.

3 OBRIGATORIEDADE DO CUMPRIMENTO DAS DECISÕES JUDICIAIS

É notório que quando as partes possuem um conflito – o qual não conseguem resolver com acordo mútuo ou por meio de técnicas extrajudiciais – e resolvem expô-lo ao Judiciário, elas se subordinam às decisões de um terceiro, no caso o juiz, que proferirá decisões no sentido de solucionar o litígio que lhe é submetido à análise.

Nesse sentido, ensina Paulo Issamu Nagão:

Em decorrência do imperativo de racionalidade na organização e distribuição de encargos e na consecução dos objetivos do Estado e atendendo-se ao almejado equilíbrio político entre os ‘poderes’ constituídos, convencionou-se que a específica função de pacificar conflitos e de impor as suas decisões seria conferida ao Poder Judiciário, através de seus membros regularmente investidos no cargo, em observância ao modelo de composição adotado pela Nação, o que vem a conferir a necessária legitimidade no regime democrático de direito. (NAGÃO, 2012).

Dessa forma, o magistrado é aquele que representa o Judiciário na condução da interpretação das leis e aplicação destas ao caso concreto exposto pelas partes litigantes, definindo os litígios e fazendo valer os princípios constitucionais de justiça e os direitos fundamentais. (MARINONI, 2011).

Contudo, para que haja efetividade da atuação jurisdicional, é necessário que as decisões sejam cumpridas pelas partes, tratando-se, em verdade, de dever atribuído aos sujeitos processuais o cumprimento, com exatidão, das decisões judiciais, de natureza provisória ou final, não criando embaraços à sua efetivação, conforme preceitua o art. 77, inciso IV, do diploma processual civil (BRASIL, 2015).

Por esse motivo, as decisões proferidas pelo magistrado possuem o condão da obrigatoriedade a fim de manter a seriedade da Instituição Estatal, bem como a condução do processo.

Verticalizando tais premissas, impõe acrescentar as palavras do Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, que, no julgamento da ADI 5.526⁴¹, afirmou que o fiel cumprimento das decisões judiciais qualifica-se como obrigação constitucional inderrogável, não havendo espaço para o voluntário e arbitrário desrespeito ao cumprimento das decisões judiciais, de modo que tem o inconformismo com as decisões o sistema recursal como o meio legítimo de impugnação (BRASIL, 2017).

Desse modo, a parte tem a faculdade processual de contestá-las por meio dos recursos estabelecidos nos diplomas processuais, mas não deve jamais desrespeitá-las por ato de puro arbítrio.

Inclusive, para corroborar esse pensamento, importante fazer notar que nas ações em que for determinada obrigação de fazer ou não fazer, podem ser fixadas astreintes a fim de garantir o cumprimento da decisão judicial, conforme dispõe o artigo 537 do Código de Processo Civil:

Art. 537. A multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito. (BRASIL, 2015).

41 ADI 5526, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 11/10/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-159 DIVULG 06-08-2018 PUBLIC 07-08-2018.

As astreintes correspondem, pois, em uma “técnica de tutela coercitiva e acessória, que visa a pressionar o réu para que este cumpra mandamento judicial, sendo a pressão exercida através da ameaça ao seu patrimônio, consubstanciada em multa periódica a incidir em caso de descumprimento”. (AMARAL, 2010, p. 101).

Dessa forma, têm a função de coagir a parte ao cumprimento do provimento jurisdicional e devem ser aplicadas com base na obrigação determinada pelo magistrado em sua decisão.

Portanto, as astreintes assumem como um importante instrumento para a concretização do princípio da eficácia, o que demonstra por si só a seriedade que o ordenamento jurídico confere às decisões judiciais, na medida em que o magistrado pode se utilizar inclusive de meios coercitivos para tentar fazer com que sua decisão seja cumprida pelas partes.

Assim, importante dizer que neste trabalho científico, será feito o recorte epistemológico nas decisões interlocutórias⁴², uma vez que o foco do estudo será o recurso de agravo de instrumento, modalidade de recurso a ser interposto diretamente perante o órgão superior ao prolator da decisão interlocutória, que, em regra, não possui efeito suspensivo⁴³.

42 Art. 203. Os pronunciamentos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.

§ 1º Ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução.

§ 2º Decisão interlocutória é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no § 1º.

§ 3º São despachos todos os demais pronunciamentos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte.

§ 4º Os atos meramente ordinatórios, como a juntada e a vista obrigatória, independem de despacho, devendo ser praticados de ofício pelo servidor e revistos pelo juiz quando necessário. (BRASIL, 2015).

43 “Art. 1.019. Recebido o agravo de instrumento no tribunal e distribuído imediatamente, se não for o caso de aplicação do art. 932, incisos III e IV, o relator, no prazo de 5 (cinco) dias:

I - poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão; [...]” (BRASIL, 2015).

Neste diapasão, havendo possibilidade de arbitramento de multa cominatória em decisão interlocutória, a parte sente-se compelida à implementação da medida liminar concedida, a fim de evitar a incidência da multa fixada, o que, como se verá, pode ocasionar o não conhecimento do recurso, por suposta ausência de interesse recursal.

4 A SUBSISTÊNCIA DO INTERESSE RECURSAL FRENTE AO CUMPRIMENTO ESPONTÂNEO DA OBRIGAÇÃO

Conforme exposto, os recursos passam por uma verificação de procedimentalidade, isto é, por um juízo de admissibilidade, na qual verifica-se a presença dos pressupostos formais para que, na sequência, examine-se o mérito recursal.

Por evidente, é impossível afirmar qual dos pressupostos, que são objeto do juízo de admissibilidade, destaca-se mais. Mas é inegável que alguns deles se mostrem mais complexos do que outros, sendo responsáveis pela suscitação de um maior número de questionamentos. (NEVES, p. 01).

Ilustrando uma hipótese, verifica-se que a complexidade da análise da matéria atinente ao interesse recursal suscita divergência, no âmbito do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em relação às situações em que a parte cumpre espontaneamente uma obrigação imposta por decisão judicial durante o processo.

À exemplo, encontram-se julgados que concluem pela inadmissibilidade do recurso de agravo de instrumento, por se configurar o cumprimento espontâneo da obrigação ato incompatível com a vontade de recorrer⁴⁴:

44 TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.17.011546-3/001, Relator(a): Des.(a) Domingos Coelho , 12ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 03/05/2017, publicação da súmula em 05/05/2017.

TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.17.092942-6/001, Relator(a): Des.(a) Amorim Siqueira , 9ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 17/07/2018, publicação da súmula em 23/07/2018.

EMENTA: AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - DECISÃO MONOGRÁTICA - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO - CUMPRIMENTO ESPONTÂNEO DA PRETENSÃO LIMINAR - PERDA DO OBJETO - RECURSO PREJUDICADO. **O cumprimento espontâneo da liminar pela parte recorrente antes da interposição do recurso caracteriza-se como ato incompatível com a vontade de recorrer, nos termos do art. 1.000 do CPC, e acarreta o não conhecimento do agravo por perda de objeto.** Agravo interno desprovido. (TJMG - Agravo Interno Cv 1.0000.18.143089-3/002, Relator(a): Des.(a) José Arthur Filho, 9ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 16/07/2019, publicação da súmula em 25/07/2019)

Há, contudo, outros acórdãos que, em sentido diametralmente oposto, decidem pelo processamento do agravo de instrumento, por subsistir a possibilidade de revogação ou modificação da decisão⁴⁵:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - PRELIMINAR - PERDA DE OBJETO - REJEIÇÃO - PROCEDIMENTO CIRÚRGICO - DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL - BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS - POSSIBILIDADE - PRECEDENTE DO STJ - RECURSO NÃO PROVIDO. **1. O cumprimento da tutela antecipada não implica perda superveniente do interesse processual, tampouco recursal, afinal, pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo, nos termos do art. 296 do Código de Processo Civil. [...]** (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.18.127965-4/002, Relator(a): Des.(a) Raimundo Messias Júnior, 2ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 03/03/2020, publicação da súmula em 05/03/2020)

45 TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.19.025733-7/002, Relator(a): Des.(a) Pedro Bernardes, 9ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 12/11/2019, publicação da súmula em 25/11/2019.

A bem da verdade, a conclusão pela subsistência do interesse recursal configura-se o posicionamento mais compatível com uma interpretação sistemática da legislação processual civil, pela conjugação de diferentes fundamentos.

Primus, porque o recorrente, conforme demonstrado anteriormente, tem o dever processual de cumprir com exatidão, as decisões judiciais, de natureza provisória ou final, não criando embaraços à sua efetivação, conforme preceitua o art. 77, inciso IV, do diploma processual civil (BRASIL, 2015).

Secundus, é evidente - e isso não se põe dúvida - a presença do binômio necessidade e utilidade, porquanto possuir o recorrente o interesse em melhorar a situação ocasionada pela decisão impugnada, até mesmo pela possibilidade de posterior discussão acerca da incidência de eventual multa cominatória fixada na decisão.

Tertius, não se deve olvidar que o Agravo de Instrumento, cabível em face das decisões interlocutórias elencadas no rol do art. 1.015⁴⁶, bem como nas situações em que seja viável a aplicação da tese da “taxatividade mitigada”⁴⁷, trata-se de um recurso que, como regra, não

46 Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: I - tutelas provisórias; II - mérito do processo; III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem; IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica; V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação; VI - exibição ou posse de documento ou coisa; VII - exclusão de litisconsorte; VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio; IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros; X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução; XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º; XII - (VETADO); XIII - outros casos expressamente referidos em lei.

Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

47 “RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. NATUREZA JURÍDICA DO ROL DO ART. 1.015 DO CPC/2015. IMPUGNAÇÃO IMEDIATA DE DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS NÃO PREVISTAS NOS INCISOS DO REFERIDO DISPOSITIVO LEGAL. POSSIBILIDADE. TAXATIVIDADE MITIGADA. EXCEPCIONALIDADE DA IMPUGNAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. REQUISITOS. [...] 6- Assim, nos termos do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015, fixa-se a seguinte tese jurídica: O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento

possui efeito suspensivo.

Bem por isso, enquanto não atribuído o efeito suspensivo pelo Desembargador Relator, conforme estabelece o art. 1.019, inciso I, do Código de Processo Civil, a exigibilidade do cumprimento da obrigação ainda persiste, com fulcro no art. 995, do mesmo diploma legal⁴⁸.

Em verdade, a decisão judicial encontra-se plena, passível de exigibilidade e produzindo seus efeitos na ordem jurídica.

De todo modo, nessas circunstâncias, o cumprimento voluntário não deve ser entendido como aquiescência com o *decisum* e, por consequência, como falta de interesse para recorrer, por ser inegável que tal obrigação pode ser modificada com o julgamento do recurso.

Outrossim, especificamente com relação ao cumprimento de uma tutela de urgência, indubitavelmente, o entendimento ainda é mais cristalino, haja vista suas características, em especial sua provisoriedade, ou seja, conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada, conforme determina o art. 296 do Código de processo Civil, *in verbis*:

296. A tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada. Parágrafo único. Salvo decisão judicial em contrário, a tutela provisória conservará a eficácia durante o período de suspensão do processo.

Portanto, na hipótese em que a parte cumpre uma decisão judicial ainda há a subsistência do interesse recursal.

É preciso, nessa ambientação, uma análise mais acurada da controvérsia recursal, de modo que cabe ao julgador examinar, caso

da questão no recurso de apelação. [...] (REsp 1704520/MT, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 05/12/2018, DJe 19/12/2018)". (BRASIL, 2018).

48 Art. 995. Os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso.

Parágrafo único. A eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso. (BRASIL, 2015).

a caso, se o recorrente demonstra necessidade e utilidade na tutela jurisdicional, não se limitando, pois, à consideração do cumprimento espontâneo da decisão para inadmitir o processamento do recurso.

CONCLUSÃO

Percebe-se que com a instauração do Estado Democrático de Direito pela Constituição da República de 1988, ficaram assegurados diversos direitos e garantias fundamentais, dos quais ressalta-se o devido processo legal e os recursos.

Com efeito, em que pese se tratar de um direito fundamental, não se deve olvidar que os recursos, perante os tribunais, passam por um juízo de procedimentalidade, isto é, um juízo de admissibilidade, para que o mérito recursal possa ser analisado pelo órgão colegiado.

Dentro dos pressupostos que são objetos de análise no juízo de admissibilidade, chamou-se atenção o interesse recursal diante de sua complexibilidade, haja vista suscitar maior número de questionamentos, como por exemplo, se a parte que cumpre espontaneamente obrigação imposta por decisão judicial durante o processo perde ou não o interesse recursal para interposição de agravo de instrumento.

Analisando o Código de Processo Civil de 2015 de forma sistemática, concluiu-se que o cumprimento voluntário não deve ser entendido como aquiescência com o *decisum* e, por consequência, como falta de interesse para recorrer.

Não obstante a divergência jurisprudencial observada no âmbito do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, nessas circunstâncias, deve-se levar em consideração que as partes têm o dever processual para cumprir as decisões judiciais, de natureza provisória ou final, não criando embaraços à sua efetivação, conforme preceitua o art. 77, inciso IV, do CPC. Outrossim, o Agravo de Instrumento não possui, como regra, o efeito suspensivo, dessa maneira, a obrigação imposta na decisão impugnada, encontra-se plena, passível de exigibilidade e produzindo seus efeitos na ordem jurídica.

Conclui-se, portanto, que há a presença do interesse recursal, uma vez que o recorrente, por meio legítimo de impugnar as decisões judiciais, possui o interesse em melhorar a situação na qual se encontra, ou

seja, por demonstrar a existência da necessidade e utilidade na prestação jurisdicional.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o Processo Civil Brasileiro: multa do artigo 461 do CPC e outras**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. Disponível em: http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/12826/1/2014_dis_pmsantos.pdf. Acesso em: 30 mar. 2020.

ANICETO, Danielle Monteiro Prezia. **Pronunciamento judicial sobre a impugnação ao cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública**. Publicações da Escola da AGU. Brasília, 2017. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Publ-Esc-AGU_v.09_n.02.pdf#page=69. Acesso em: 27 mar. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Brasília DF, Senado: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 mar. 2020.

BRASIL. Planalto. Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF, Senado, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 25 mar. 2020.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 1732026/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/05/2018, DJe 21/11/2018. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>. Acesso em: 01 abr. 2020.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 1704520/MT, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 05/12/2018, DJe 19/12/2018. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1704520&repetitivos=->

JULGADO+E+CONFORME+E+%22RECURSOS+REPE-
TITIVOS%22&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR.
Acesso em: 01 abr. 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 5526, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 11/10/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-159 DIVULG 06-08-2018 PUBLIC 07-08-2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=747870228>. Acesso em: 30 mar. 2020.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

CAMARGOS, Laís Alves; PENIDO, Ailana Silva Mendes. A inconstitucionalidade do inciso IV do §3º do artigo 1.013 do CPC diante do princípio constitucional da fundamentação das decisões. **Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça**. Goiânia, v. 5, n., p. 1-21, jan/jun. 2019. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistaprocessojurisdiacao/article/view/5439>. Acesso em: 20 mar. 2020.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandona; CAMPOS, Felipe de Almeida. O instituto jurídico da prova no direito processual brasileiro e sua (re)construção histórica. **Argumenta Journal Law**. Jacarezinho-PR, n. 25, jul/dez. 2016, p. 301-326. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/904>. Acesso em: 18 mar. 2020.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. Belo Horizonte: Forum, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A jurisdição no Estado contemporâneo**. Estudos de direito processual civil. Homenagem ao Prof. Egas Dirceu Moniz de Aragão (coord. Luiz Guilherme Marinoni), São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 13-66.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Agravo Interno n. 1.0000.18.143089-3/002, Relator Desembargador José Arthur Filho, julgado em: 16/07/2019, publicado no Diário de Justiça eletrônico de 25/07/2019. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.18.143089-3%2F002&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 30 mar. 2020.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Agravo de Instrumento n. 1.0000.18.127965-4/002, Relator Desembargador Raimundo Messias Júnior, julgado em: 03/03/2020, publicado no Diário de Justiça eletrônico de 05/03/2020. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.18.127965-4%2F002&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 30 mar. 2020.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Agravo de Instrumento n. 1.0000.17.011546-3/001, Relator Desembargador Domingos Coelho, julgado em: 03/05/2017, publicado no Diário de Justiça eletrônico de 05/05/2017. Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?jsessionid=A6C1A5F39B9C4175861FC97FD95DC016.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.17.011546-3-2%001F&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Acesso em: 30 mar. 2020.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Agravo de Instrumento n. 1.0000.17.092942-6/001, Relator Desembargador Amorim Siqueira, julgado em: 17/07/2018, publicado no Diário de Justiça eletrônico de 23/07/2018. Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?jsessionid=A6C1A5F39B9C4175861FC97FD95DC016.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.17.092942-6%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Acesso em: 30 mar. 2020.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Agravo de Instrumento n. 1.0000.19.025733-7/002, Relator Desembargador Pedro Bernardes, julgado em: 12/11/2019, publicado no Diário de Justiça eletrônico de 25/11/2019. Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?jsessionid=A6C1A5F39B9C4175861FC97FD95DC016.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.19.025733=7-2%002F&pesquisaNumeroCNJ-Pesquisar. Acesso em: 30 mar. 2020.

NAGÃO, Paulo Issamu. **O papel do juiz na efetividade do processo civil contemporâneo**. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. São Paulo: 2012. Disponível em: file:///C:/Users/Ailana/Downloads/tese_integral_Paulo_Issamu_Nagao.pdf. Acesso em: 27 mar. 2020.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Interesse Recursal e Sucumbência**. Disponível em: <http://www.professordanielneves.com.br/assets/uploads/novidades/201011151803310.interesseemrecorrer.pdf>. Acesso em: 01 abr. 2020.

PITTA, Fernanda Pagotto Gomes. **Cabimento do Agravo de Instrumento no Novo Código de Processo Civil**: as decisões agraváveis de instrumento. Tese de Dissertação de Mestrado. PUC - São Paulo. 2019. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/22172/2/Fernanda%20Pagotto%20Gomes%20Pitta.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2020.

O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

Simone Loncarovich Bussi

Vivianne Rigoldi

INTRODUÇÃO

O processo de construção do Estado Democrático reacende muitos debates entre os juristas a respeito da constitucionalização do direito e dos limites da atuação do Estado.

A inserção de uma constituição em um Estado rompe com a ideia de que a constitucionalidade não pode admitir mutação em seus conceitos pois, a própria evolução histórica dos tipos de Estado demonstra que de maneira evolutiva o homem sempre buscou gradativamente avançar na proteção e na garantia dos direitos.

Assim, é notório que o empenho almejado pelo ser humano por mudanças demonstra ser um projeto futuro de esperança já que, ao observar o passado consegue-se perceber que a maior parte das conquistas dos direitos humanos foram através de enfrentamentos dos anseios da sociedade em determinado lugar, tempo ou momento na história.

A mutabilidade dos direitos ao longo da história serve de fundamento para a formação dos paradigmas de Estado – desde o Estado Liberal, o Estado Social ao Estado Democrático de Direito – com o

amadurecimento de aspirações democráticas e com a busca de maior proteção aos direitos fundamentais.

Nesse sentido, verifica-se na descrição do texto proposto que, há um limiar tênue a se verificar entre o limite da atuação do poder estatal frente a proteção dos direitos e a liberdade de exercê-los. Esse limiar é fortemente confrontado no decorrer da história, visto como exemplo a Revolução Francesa. Assim, verifica-se que um Estado inicialmente autoritário, fascista ou nazista pode ser transformado em Estado Liberal, ou Estado Social ou Estado Democrático de Direito dependendo das lutas e exigências sociais presentes naquele tempo e lugar.

Logo, pouco a pouco, foram aparecendo as conquistas sociais e o reconhecimento pelo Estado dos direitos da massa e, o movimento constitucional nesse sentido, objetivou ratificar e acrescentar essa preocupação com a positivação e proteção dos direitos fundamentais humanos.

Contudo, deve-se distinguir o direito real positivado no texto constitucional do direito real material efetivado pelas instituições estatais pois, segundo Bobbio (2004), quando não há direitos reconhecidos e protegidos devidamente, não há democracia. De modo que, deve haver a real efetivação dos direitos positivados para que então, possa ser de fato cumprida a proteção integral aos direitos fundamentais.

Assim, o exercício a valer dos direitos fundamentais positivados demonstram a efetiva observação pelo Estado do reconhecimento e respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, sem democracia não há condições mínimas para a solução pacífica de conflitos que possibilitem aos indivíduos reivindicar direitos fundamentais no Estado.

O movimento do constitucionalismo, no decorrer da história, trouxe a afirmação dos direitos fundamentais como núcleo de proteção da dignidade da pessoa humana, através da positivação dessas normas no texto constitucional (MENDES; BRANCO; COELHO, 2010).

No contexto da evolução dos direitos fundamentais quanto ao conteúdo, a efetivação, a titularidade e a eficácia desses direitos, há nessa lógica, referência na doutrina de uma classificação conforme as dimensões por eles abrangidas (SARLET, 2012).

A classificação pela doutrina dos direitos fundamentais leva em conta os direitos que foram conquistados pela humanidade no decorrer

do tempo e a natureza que se revestem. Aponta direitos fundamentais que se acrescentam, que se somam e, por isso a doutrina prefere a denominação ou classificação dos direitos fundamentais em dimensões de direitos e não gerações.

Daniel Marques de Camargo (2010 apud Machado; Silva, 2014) indica que os direitos fundamentais passaram por diferentes ciclos de evolução e, segundo Cavalcante Filho ([s.d]) houve: a) uma fase pré-histórica, que teve a Inglaterra como palco, estendendo-se até o século XVI, ainda, houve; b) uma fase intermediária que abrange o período de elaboração da doutrina jusnaturalista e da afirmação dos direitos do homem e, por fim, c) uma fase de positivação, constitucionalização dos direitos fundamentais, que teve início em 1776 na América do Norte.

Assim, nessa contínua evolução e complexização da sociedade, o ser humano, de modo gradativo busca a contínua evolução e expansão dos direitos fundamentais e, da democracia na sociedade em que se encontra.

Nesse contexto, o presente trabalho tem por objetivo explorar o movimento de constitucionalização dos direitos, analisando o Estado Democrático de Direito a partir da formação do Estado Liberal e do Estado Social e sua interconexão, porque um paradigma de Estado é a continuação do outro.

A pesquisa possui a proposta explicativa onde, será utilizado o método dedutivo como metodologia aplicada ao artigo através do procedimento metodológico de exploração bibliográfica.

1. A formação dos direitos no decorrer do tempo e o Estado

Os direitos fundamentais surgiram como uma construção histórica, ou seja, direitos construídos no decorrer do tempo, em diferentes lugares e situações de necessidades sociais.

Os direitos se alteram e se constroem no tempo verificando-se uma fluabilidade, ou mutabilidade desses direitos dependendo da época e do lugar em que surgem. Assim, Norberto Bobbio (1992, p. 5-19) afirma:

[...] os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. [...] o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas.

A história mostra essa mudança no modo de interpretar as relações entre o indivíduo e o poder do Estado, podendo ser observado pelo menos dois elementos comuns que contribuíram para a formação dos direitos fundamentais, quais sejam, a limitação do poder do Estado e a consagração dos princípios da igualdade e legalidade (MORAES, A. 2011).

A percepção da formação da origem dos direitos fundamentais deve ser realizada através da reunião de várias fontes históricas, culturais e políticas, pois o nascimento desses direitos foi um processo gradual à custa de muitas lutas, em defesa de novas liberdades para o homem diante a um Estado dominador e pouco protetor. Nesse sentido, pode ser citada a Revolução Francesa que de modo gradual introduziu os conceitos de proteção à liberdade, à igualdade e à fraternidade, direitos estes que, a época eram os almejados e conquistados pelo povo.

O reconhecimento dos direitos do povo ao longo do tempo foi traduzido em uma forma de governo pelo Estado denominada democracia, cuja vontade soberana sobre o Estado é a do povo, quer seja direta ou indiretamente, centralizando a visão de que o cidadão deve ser o objeto e o titular de todo o poder legítimo emanado pelo Estado.

A existência da formação do Estado surge como consequência da vida social pois, todo homem, como ser gregário por natureza, encontra a razão de ser da sua vida quando vive em sociedade onde, procura melhores condições de vida e, a formação do Estado Democrático de Direito trouxe nesse sentido, uma vinculação do Estados à proteção e garantia aos direitos humanos.

O Estado assume gradualmente o comando dessa coexistência social para que esta seja pacífica, voltada para o progresso e para o desenvolvimento procurando, atender os anseios e interesses da sua população.

Todavia, verifica-se no decorrer da história que o reconhecimento dos direitos se inicia, primeiramente, no plano do pensamento filosófico-político para depois surgir para o Estado. Diferentes correntes doutrinárias, como a corrente jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista, indicam e reconhecem os direitos sob determinado pensamento ou fundamentação jus filosófica.

Nessa perspectiva, nota-se a existência de direitos que estão intrinsecamente ligados a própria condição humana pois, tutelam direitos inalienáveis, irrenunciáveis e imprescritíveis como por exemplo, o direito à vida, a liberdade, a igualdade, a fraternidade e a afetividade entre outros. Esses direitos já nascem com o ser humano e devem ser reconhecidos pelo Estado, independentemente de qualquer outro, porque preexiste ao Estado segundo a corrente jusnaturalista.

Ademais, vem em sentido diverso a corrente positivista apontando a necessidade de positivação pelo Estado de direitos que necessitam de força jurídica onde, somente através da positivação é que esses direitos seriam respeitados e reconhecidos pelo Estado e pela sociedade.

Surge, posteriormente, a corrente pós-positivista que reconhece as leis e os direitos que existem além delas. A visão teórica da corrente pós-positivista é a de ponderar o direito dependendo da moral, tanto no momento de reconhecimento de sua validade como no momento de sua aplicação e, com isso, princípios constitucionais, tais como a dignidade humana, o bem-estar de todos ou a igualdade, influenciariam a aplicação das leis e demais normas concretas.

Assim, ao longo da história, com o reconhecimento e ampliação dos direitos, pode ser identificado três modelos de Estado que transcorreram no tempo como: o Estado Liberal, o Estado Social e o Estado Democrático de Direito, indicando que houve mudanças significativas na concepção, construção e proteção dos direitos fundamentais.

Cumprir destacar que o despontar do movimento constitucionalista no Estado Democrático de Direito fez com que perdesse a força e interesse, naturalmente, a discussão filosófica e política sobre a exclusividade de os direitos serem somente os jusnaturalista ou somente os positivados, uma vez que o constitucionalismo luta por vários objetivos tais como uma democracia mais efetiva, um desenvolvimento econômico, social, ambiental e político eficiente, sustentável

e amplo, não perdendo de vista a defesa dos direitos fundamentais do ser humano. Assim, nota-se que dois princípios fundamentais servem de esteio lógico para a construção do constitucionalismo, quais sejam, o Estado de Direito e a dignidade da pessoa humana.

O direito, nesse sentido, gradativamente, torna-se um mecanismo de direcionamento da vida, independentemente da corrente doutrinária e política à que se inclina, e somente à luz da observação de qual paradigma de Estado que a sociedade se encontra é que se percebe a força social e a consciência jurídica que esta possui frente à proteção dos direitos fundamentais. Assim, não é possível dissociar a consciência do “alcance” dos direitos fundamentais do lugar, tempo e poder do Estado exercido perante a sociedade para se compreender o direito.

2. Paradigmas de Estado e o alcance dos direitos

Nítidas são as mudanças na maneira como se interpreta as relações entre o Estado e o indivíduo com o delinear da história e, diga-se também, que os novos direitos do homem foram e são conquistados por um enfrentamento gradual, em defesa de novas liberdades perante velhos poderes e velhos pensamentos autoritários de uma minoria (BOBBIO, 2004).

Nesse sentido, ao se observar, ao longo da história a formação dos tipos de Estado (Liberal, Social e Democrático), pode-se compreender que a existência de lutas sociais e políticas demarcaram uma evolução no pensamento e na compreensão pela sociedade e pelo Estado do quanto é importante a proteção dos direitos fundamentais, da democracia e da cidadania.

Os direitos fundamentais têm um inafastável dimensão histórica. Todavia, Bobbio (1992) destaca que não há um fundamento que seja absoluto quanto ao reconhecimento dos direitos fundamentais de acordo com cada contexto histórico-social. Constata-se, assim, que é contínua a expansão dos direitos fundamentais devido também ao contínuo processo de complexificação da sociedade.

Nos séculos XVIII e XIX o direito foi posto em prol ao liberalismo econômico onde, o mercado natural se caracterizava pela ampla abstenção do Direito em regular a economia. Houve a criação dos ins-

titutos: negócio jurídico e o contrato que asseguravam uma liberdade meramente formal as partes, pois o contrato era regido somente pela vontade das partes e sem a limitação do Estado. Surgiu, então, o conceito de Estado Liberal onde, o poder estatal apresentava-se limitado por meio de uma concepção de lei geral e abstrata condutora de uma igualdade estritamente formal e do absentéismo econômico Estatal.

O Estado Liberal, marcado pelas revoluções burguesas, tinha como premissa a não ação do Estado, a não ser que esta fosse legitimamente necessária para preservar a segurança dos cidadãos (SANTOS, 1988).

Carl Schmitt (1934, p. 145) claramente, descreve o Estado liberal como um “Estado Burguês de Direito” com uma constituição que figurava a liberdade dos burgueses, ou seja, uma liberdade contratual, de liberdade de propriedade, de comércio e de indústria.

Houve, nesse período o deslocamento do fundamento do poder político da esfera teológica para a democrática com maior proteção das liberdades individuais ante uma maior abstenção do Estado e limitação do seu poder, todavia, somente benevolente aos burgueses. A necessidade era assegurar o livre arbítrio do indivíduo, com a indicação de direitos precedendo deveres pois, o indivíduo passa a suplantiar o Estado (BOBBIO, 1992).

Essa doutrina liberalista, profundamente dignificadora da espécie humana, foi sustentada por inúmeros filósofos, juristas e publicistas dos séculos XVII e XVIII, notadamente por Montesquieu e pelo gênio fulgurante de Rousseau. Estava preparada a resistência invencível, impulsionada pela vontade transcendente das massas sacrificadas, que viria a culminar com a revolução francesa, abrindo uma nova era na história da civilização humana. (MALUF, 2010, p.130).

Nesse contexto de liberalismo, de absentéismo estatal, surgem profundas desigualdades entre a classe burguesa e a classe operária. Com efeito, pós-1848, com desnivelamento social, a classe operária clamou por algumas concessões sociais, as quais foram atendidas para que houvesse uma aquietação das massas (HOBSBAWN, 1982 apud MORAES, R., 2014, p. 273).

Conquanto, se possa afirmar que a predominância do modelo no século XXVIII era o liberalismo, não se pode deixar de frisar que já havia alguns modelos de assistencialismo estatal como por, exemplo, na Inglaterra, na Espanha, na Áustria, na Alemanha e na Rússia. Ricardo Quantin de Moraes (2014) destaca que as medidas assistencialistas do Estado possuem mais a característica de desvincular a atenção do povo das mazelas sociais.

Esse movimento de Estado liberalista encontra declínio em 1880, onde foi fortemente abalado pela Primeira Guerra Mundial onde então, começa a existir uma irrefutável tendência de prover um Estado do Bem-estar (LASKI, 1973, p. 172 apud MORAES, R., 2014, p. 273).

Após a Primeira Guerra Mundial; em prol dos direitos socioeconômicos, trabalhistas, previdenciários, educação e cultura; o Estado passa de absenteísta à interventor, impondo-se a necessidade de um Estado prestacional que atenda às questões sociais relativas ao proletariado que devido ao domínio burguês ficara com o mínimo necessário para a subsistência (LASKI, 1973, p. 1972 apud MORAES, R., 2014, p. 273). Direitos como a educação, segurança e saúde entre outros reivindicados pelas massas são agora o paradigma de um Estado Social (BONAVIDES, 2007).

Evidentemente, que com as novas situações econômico-sociais, os instrumentos que foram criados no Estado Liberal, como o contrato e a propriedade individual não eram mais suficientes. Assim, foram criados instrumentos jurídicos para apaziguar as tensões sociais que passaram a existir. Houve então, uma ruptura do modelo de Estado Liberal para o modelo de Estado Social, dando passagem à intervenção do Estado na ordem econômica e social.

O Estado Social, nascido no século XX, foi objeto de pacificação às massas sociais para que o mercado econômico pudesse ter um funcionamento tranquilo, sem a inquietação das classes operárias (MORAES, R., 2014).

O atributo social refere-se “à correção do individualismo clássico liberal pela afirmação dos chamados direitos sociais e realização de objetivos de justiça social” (SILVA, 1999, p. 119). O Estado passa a ter maior extensão não se limitando unicamente a garantir o desenvolvimento econômico, mas também o desenvolvimento social.

Posteriormente, surge o paradigma de Estado Democrático de Direito que deve ser apreciado dentro da evolução de Estado Liberal a Estado Social e, sucessivamente. Após, a Revolução Francesa, pode-se falar em Estado Democrático de Direito, onde o Estado Social não abandonou os avanços do Estado Liberal, mas sim, adicionou a preocupação do liberalismo com o componente social.

No Estado Democrático de Direito, o movimento do cidadão é no sentido de atuar como sujeito ativo do processo de deliberação política, buscando não mais uma “pretensa justiça meramente distributiva de bens materiais”, mas uma participação mais efetiva na política do Estado (BERNARDES JÚNIOR, 2015, p. 141) com uma maior igualdade social e com maior segurança jurídica (MIRANDA, 1997).

Denota-se que essas mudanças no Estado e na sociedade, no decorrer do tempo, de Estado Liberal para Estado Social e para Estado Democrático de Direito, simbolizam a singularidade do ser humano, que busca agir orientado à um fim de acordo com as contingências históricas e as necessidades sociais existentes.

Ricardo Quantin de Moraes (2014, p.277) descreve com clareza que “[...] cada modelo de Estado, assim como cada período histórico, é o resultado das transformações que o precederam e de suas antíteses atuais”.

Portanto, deve ser levado em consideração a perspectiva histórica, pois não há nenhuma sociedade atual que não seja marcada pelas lutas e desafios pretéritos onde, deve ser levado em consideração a coexistência ou não de alguns conceitos.

3. O Estado democrático de direito e o movimento constitucionalista

O Estado Democrático de Direito, conceito trazido do artigo 2º da Constituição Portuguesa de 1976, traz uma nova visão de proteção aos direitos no Direito Constitucional brasileiro. Nesse sentido, verifica-se que a passagem do Estado Liberal para o Estado Social no Brasil não implicou em uma exclusão do primeiro, mas sim em uma complementação, como bem aponta Tércio Sampaio Ferraz Junior (1989, p. 54).

Assim, de modo pontual destaca, José Afonso da Silva (1988, p. 21, grifo nosso), a diferença entre a qualificação do termo democracia na Constituição Portuguesa e na Brasileira:

A Constituição portuguesa instaura o Estado de Direito democrático, com o **democrático qualificando o Direito**, e não o Estado. Essa é uma diferença formal entre ambas as constituições. A nossa emprega a expressão mais adequada, cunhada pela doutrina, em que o **democrático qualifica o Estado**, o que irradia os valores da democracia sobre todos os seus elementos constitutivos e, pois, também, sobre a ordem jurídica. O Direito, imantado por esses valores, se enriquece do sentir popular e terá de ajustar-se ao interesse coletivo.

Todavia, o conceito de Estado Democrático de Direito na Constituição Federal do Brasil deve se pautar em mobilizar “estratégias de justiça política” (CANOTILHO, 2001, p. 459) porque, é um grande desafio para o Estado, equilibrar tanto as funções de dominação estatal quanto a extensão da proteção do Estado aos direitos sociais, políticos, econômicos e culturais.

No Estado Democrático de Direito, há um elemento novo que une os demais em uma unidade conceitual, “um elemento revolucionário de transformação do *status quo*” (SILVA, 1999, p. 123).

José Afonso da Silva (1999, p. 123) destaca com nitidez a união conceitual que recebeu o signo de Estado Democrático de Direito.

“A configuração do ‘Estado Democrático de Direito’ não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do ‘status quo’”.

No entanto, o desafio ao Estado é saber equilibrar as desigualdades sociais aos “poderes necessários para equilibrar a distribuição das prestações matérias necessárias à vida digna do indivíduo” (MORAES, R., 2014, p. 279).

O Estado Democrático de Direito tem, portanto, a tarefa de realizar as mudanças que são necessárias para alterar o “*status quo*” onde, a lei deverá assegurar o princípio da igualdade material superando as desigualdades sociais existentes.

Canotilho (2001) salienta que é necessário aprofundar o conceito de lei no Estado Democrático de Direito porque, a lei não é um ato livre dentro da Constituição, mas, sim um ato positiva e negativamente determinado pela lei fundamental do Estado, ou seja, é o princípio da legalidade um princípio basilar do Estado Democrático de Direito evidenciando José Afonso da Silva (1988).

A Constituição Federal do Brasil de 1988 impõe limites e diretrizes que devem ser seguidos pelo legislador na elaboração e aprovação de leis, não podendo este almejar quaisquer fins à lei que não aqueles estabelecidos e delimitados pela Constituição. Nesse sentido, pode-se dizer que o Estado Democrático de Direito brasileiro conforma, vinculando, toda a formação legislativa e administração aos princípios programático- diretivos estabelecidos na carta magna do Estado Democrático de Direito brasileiro que de acordo com Canotilho (2001, p. 456) estabelecem um “direito antecipador da mudança social”.

A Constituição de 1988, contudo, não chegou a estruturar um Estado democrático de Direito de conteúdo socialista, mas abre as perspectivas de realização social profunda pela prática dos direitos sociais que ela inscreve e pelo exercício dos instrumentos que oferece à cidadania, que possibilita concretizar as exigências de um Estado de justiça social fundado na dignidade da pessoa humana” (SILVA, 1988, p. 22).

A Constituição Federal brasileira de 1988 nascida após um período de regime ditatorial trouxe mudanças profundas nas normas programáticas e nas normas de proteção aos direitos dos indivíduos, contrariamente, ao que foi proposto nos programas conservadores e corporativistas das Constituições de 1946 e 1967 (CANOTILHO, 2001).

Nessa acepção, necessário registrar que o movimento constitucionalista acrescentou três grandes objetivos ao Estado Democrático de Direito, quais sejam, a “afirmação da supremacia do indivíduo, a

necessidade de limitação do poder dos governantes e a crença quase religiosa nas virtudes da razão, apoiando a busca da racionalização do poder” (DALLARI, 2013, p.198).

O conteúdo da Constituição em um Estado Democrático de Direito não pode ficar restrito a um conceito esclarecedor de uma lei, mas deve ressaltar a sua relevância a fim de que ela possa influir na realidade social exercendo uma função transformadora e garantidora de valores socialmente aceitos (SILVA, 1988).

Em uma sociedade pluralista, a Constituição Federal de 1988 assume um papel transformador na sociedade brasileira contudo, o sentido de diretriz axiológica-normativa do sistema constitucional será somente uma abstração no papel se a execução das obrigações constitucionais e políticas, isto é, dos seus deveres fundamentais impostos ao Estado, figurarem somente como figura ilustrativa, como um texto retórico e sem vida porque não houve a sua concretização.

Portanto, o texto constitucional brasileiro deve vincular a atuação dos Poderes do Estado, impondo-lhes uma atividade positiva ao transformar uma norma abstrata em norma real, tendo em vista sempre, o princípio estruturante, fundante da ordem jurídica constitucional brasileira, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

4. Considerações finais

Em um mundo globalizado e sob influência do tempo, do lugar e da sociedade encontramos uma dissonância entre a positivação constitucional e a real efetivação dos direitos fundamentais almejados.

É lógico, que a democracia e o reconhecimento do direito são essenciais ao processo de constitucionalização dos direitos fundamentais, todavia, é questionável a fragilidade da concretização do Estado Democrático de Direito em sentido material e, não apenas formal.

A legalidade prevista no texto constitucional traz segurança jurídica somente formal aos direitos pois, a segurança jurídica material está longe de ser alcançada se não totalmente garantida as mudanças sociais democráticas garantidas pela Carta Magna.

O texto constitucional brasileiro, ao observar o princípio da legalidade para a concretização da proteção aos direitos fundamentais, ofere-

ce condições para que o Estado intervenha na situação da comunidade, podendo assim, de modo seguro influir na realidade social, desde que a lei não fique somente na esfera normativa.

Afere-se que a Constituição Federal brasileira de 1988 apresenta conteúdo que garanta a efetivação e proteção dos direitos fundamentais todavia, é ainda necessário que haja um desdobramento das ações do Estado para que se alcance a plena eficácia social desses direitos, diferentemente do que ocorre atualmente onde, a eficácia dos direitos fundamentais atinge somente certa parcela da sociedade.

Assim, depara-se que sem os direitos fundamentais reconhecidos (positivados ou não) e protegidos pelo Estado não há que se falar em Estado Democrático de Direito. A proteção e, a efetividade dos direitos fundamentais deve ser garantida pelo Estado de forma geral porque isoladamente a proteção será insuficiente.

Referências

ALVES, Fernando de Brito; OLIVEIRA, Guilherme Fonseca de; DINIZ, Lucas Thainan Mendes. História, Democracia e Pensamento crítico na aplicação dos direitos fundamentais. **Revista Entempo**, Marília, v.15, p. 35 – 54, 2016.

BERNARDES JÚNIOR, José Alcione. **Direitos Fundamentais, Democracia e Cidadania**.

Assembléia Legislativa de Minas Gerais. coord. Antônio José Calhau de Resende. Belo Horizonte. out. 2015. Disponível em: https://www.almg.gov.br/export/sites/default/consulte/publicacoes_assembleia/obras_referencia/arquivos/pdfs/poder_legislativo_cidadania/5direitos_fundamentais_democracia_e_cidadania.pdf. Acesso em: novembro de 2019.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

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

- BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CAMARGO, Daniel Marques de. **Jurisdição crítica e direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do Direito Civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno. In: GRAU, Eros Roberto; Guerra Filho; Willis Santiago (Orgs). **Direito constitucional** – estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2000.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. [s.d.]. Disponível em: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/Joao_Trindade__Teoria_Geral_dos_direitos_fundamentais.pdf. Acesso em: 14 jul. 2017. Acesso em: novembro de 2019.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- MACHADO, Edinilson Donizete; SILVA, João Felipe da. O estado, o indivíduo e sua relação com os direitos humanos. **Direito Internacional Dos Direitos Humanos I**. p. 21 – 46, ano 2014.

Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos>. Acesso em: novembro de 2019.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do direito e do Estado**. 3. ed. tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, vol. I, 1997.

MORAES, Alexandre de. Direitos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts.1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAES, Ricardo Quantin de. A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente. **Revista do Senado**, Brasília, ano 51, n 204, out / dez. 2014. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/204/ril_v51_n204_p269.pdf. Acesso em: dezembro de 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

NOVAES, Jorge Reis. **Os princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra, 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2009.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos Santos. **Paradoxos do liberalismo teoria e história**. São Paulo: Co-Edição Vértice e IUPERJ, 1988.

- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.
- SARMENTO, Daniel, **Dignidade da pessoa humana**. Conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2. ed. 2019.
- SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. In: **Dos princípios constitucionais Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. George Salomão Leite (organizador). São Paulo: Malheiros, 2003.
- SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1934.
- SILVA, José Afonso da. O Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, jul. / set. 1988.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- VINCE, Fernando Navarro; FACHIN, Zulmar. A interdependência dos direitos fundamentais, democracia e paz: Uma reflexão contemporânea. **Revista Brasileira de Filosofia do Direito**, jun. 2017.

PENAS ALTERNATIVAS E A NECESSIDADE DE CONSOLIDAÇÃO DE UMA SUBTEORIA PRÓPRIA

Ricardo Gagliardi

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Brasil, seguindo os rumos internacionais, a partir de estudos criminológicos (BARATTA, 2011, p. 178-180 e 183-196; FOUCAULT, 2009, p. 250-277), entre eles, o do paradigma criminológico de terceira geração das inter-relações sociais (PIRES; DIGNEFFE, 1992, 37-43), e esboçado pelo modelo da criminologia clínica de inclusão social (SÁ, 2015), modernizou a sua legislação penal, visando tornar a privação da liberdade, especialmente os que geram encarceramento em estabelecimento prisional, a exceção.

Segundo Oliveira e outros (2002, p. 54), “com o advento da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 e da Lei nº 9.714, de 25 de novembro de 1998, mais da metade das ações penais propostas resultam na aplicação de medidas alternativas”.

Bitencourt (2012, p. 286 e 293) ao descrever que as penas alternativas são “uma das mais importantes inovações da reforma penal” brasileira de 1984, considerou as denominadas penas restritivas de direitos como um novo sistema, pois diverge da forma de cominação de penas das privativas de liberdade, por ser flexível, “mas sem alterar a estrutura geral do Código Penal”, e inaugura um capítulo próprio regulando de forma específica suas condições gerais de aplicação.

Prado (2013, p. 679), no mesmo sentido, entendeu que após a reforma de 1984, “acolheu-se o sistema de penas alternativas ou substitutivas”, tendo ele características próprias, garantidas principalmente por sua autonomia.

Gomes (2007, p. 765), por sua vez, quando se refere à Lei 9.714/1998, que modificou o art. 43 do Código Penal, informa que houve ampliação do sistema penal alternativo brasileiro.

Dada a importância do microsistema de penas alternativas, seja pela quantidade de hipóteses, seja para manter hígido o sistema de controle social, ou ainda diante de suas razões etiológicas, e a respeito do tempo transcorrido desde as alterações legislativas, exigem-se especificidades e estrutura singular.

Dessa forma, o presente artigo visa analisar o modelo das penas alternativas a partir de uma subteoria própria.

Defende-se a construção de um paradigma que possa ser compreendido e tenha meios comportamentais diferenciados com relação a seus atores, afastando-se do modelo penal tradicional.

Como fonte metodológica de pesquisa foi considerada a pesquisa bibliográfica, por meio da revisão de literatura, das leis e da jurisprudência nacional, a fim de se desvendar a produção científica que retrate os institutos discutidos.

Foi realizado estudo analítico de instrumentos normativos, manuais de condutas e pesquisas, produzidos ou encomendados por órgãos governamentais especializados.

Os fundamentos, resultados e conclusões encontrados serviram para a reflexão acerca do tema deste estudo e nortearam as considerações finais do autor.

2 NA BUSCA DA TEORIZAÇÃO

Gomes (2000, p. 99) compreende o sistema de Justiça Penal fundado em dois subsistemas: “clássico”, consistente no encarceramento; e “alternativo”, permitindo “sancionar o infrator [...] com penas e medidas alternativas [...] sem retirá-lo do convívio familiar, profissional e social”.

Sistema significa: conjunto de elementos, concretos ou abstratos, intelectualmente organizados; conjunto de ideias logicamente soli-

dárias, consideradas nas suas relações; conjunto de regras ou leis que fundamentam determinada ciência, fornecendo explicação para uma grande quantidade de fatos; arrolamento de unidades e combinação de meios e processos que visem a produção de certo resultado; inter-relação das partes, elementos ou unidades que fazem funcionar uma estrutura organizada (HOUAISS & VILLAR, 2009, p.1753); disposição das partes ou dos elementos de um todo, coordenados entre si, e que funcionam com estrutura organizada (FERREIRA, 2004, p. 1856).

Os conceitos acima retratam em geral que sistema exprime condições e características próprias, formado por elementos que podem ser ideias, regras ou leis (entes abstratos), ou mesmo unidades, meios ou processos (entes concretos), inter-relacionados, com objetivos semelhantes ou vinculados, e que demonstram certos resultados.

O termo *microsistema*, segundo dicionário Priberam (2017), significa “sistema de dimensões reduzidas ou que faz parte de outro maior” (n.p.). Esse conceito, no entanto, deve ser ampliado a fim de lhe dar conteúdo e de explicitar sua dimensão histórica.

Abrangendo a teoria da bioecologia do desenvolvimento humano de Bronfenbrenner (1996, p. 18), o *microsistema* consiste em “um padrão de atividades, papéis e relações interpessoais experienciados pela pessoa em desenvolvimento num dado ambiente com características físicas e materiais específicas”.

Detalha referido autor, que esses padrões de interação se desenvolvem com o tempo e são meios de mudança comportamental e de desenvolvimento pessoal. Segundo ele o ambiente ecológico de desenvolvimento humano deve ser “concebido topologicamente como uma organização de estruturas concêntricas, cada uma contida na seguinte”. Cada estrutura interfere entre si e mutuamente.

Na área jurídica, propugna-se pelo desenvolvimento de uma teoria geral do *microsistema*, com “elementos normativos, deontológicos, objetivos, dogmáticos e imperativos inovadores”, e ainda formado por institutos próprios, não obstante cumpram princípios genéricos (BRETAS, 2011, np). Essa necessidade adveio a partir da evolução da sociedade e da formação de relações sociais mais complexas.

Diante disso, surgiram codificações específicas e mais dinâmicas que atuam regulando certa área da vida e certos setores da sociedade, an-

tes não plenamente amparados em suas especificidades, abarcando com maior ênfase os direitos sociais estampados na Constituição, e contendo princípios e regras próprios, mesmo girando em torno da norma maior, formando um microsistema (MAZZEI, 2007, p. 114-118).-

A jurisprudência esmiuda a característica da unidade lógica e coerente de um sistema (BRASIL, STJ, REsp 36797/SP, 1993). Traça que o Direito, por si, é sistema. É unidade. As normas devem se harmonizar, de forma a não haver contradições lógicas.

Dessa forma, extrai-se que para se ter um microsistema faz-se necessário haver os seguintes elementos: fazer parte de um sistema maior; possuir institutos próprios, diversos e inovadores (elementos normativos, deontológicos, objetivos; dogmáticos e imperativos); ter um mesmo padrão de atividades (características funções e relações interpessoais específicas).

Sua construção provém da necessidade da maior especialização para o enfrentamento de relações sociais cada vez mais complexas.

Sica (2002, p. 121), de maneira mais acentuada, entende a necessidade de se criar às penas alternativas uma teoria própria, com os adjetivos da integração e pacificação social, da neutralização dos efeitos do cárcere e da redução da violência punitiva, e não pensada dentro da racionalidade do cárcere, no intuito substituto de desafogar o sistema de qualquer forma.

O microsistema de penas alternativas advém de uma dimensão maior, denominado sistema penal ou sistema de justiça penal ou sistema de persecução penal. A doutrina (ZAFFARONI & PIERANGELI, 2015, p. 70-72) o entende como “sistema de controle social punitivo institucionalizado”, englobando as atividades do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Poder Executivo, e da própria sociedade.

Nesse sentido, o microsistema de penas alternativas segue preceitos gerais, tem alicerce na Constituição da República Brasileira e nas normas penais, processuais penais e de execução penal.

Sobressaem-se os princípios gerais da legalidade, da dignidade da pessoa humana, da intervenção mínima, da proporcionalidade, e da igualdade material, como princípios gerais.

Pode-se extrair da doutrina que o princípio fundamental da *dignidade da pessoa humana* é a figura central. A partir dele se pode

compreender o equilíbrio do microsistema (GRECO, 2008, p. 24-29).

Por outro lado, em seu íntimo, o microsistema tem elementos normativos, estrutura, funções, atividades, próprios e padronizados, diversos das demais penas criminais, princípios deontológicos, objetivos e regras de conduta diversas, pois mais próximo de satisfazer a amplitude do princípio da dignidade da pessoa humana, com a ambição de obter melhores resultados psicossociais para quem recebe a pena, para a vítima e sociedade.

3 TEORIZANDO – ELEMENTOS ESPECÍFICOS

Do ponto de vista estrutural, o microsistema compõe-se de quatro instituições ou organizações ou funções públicas que podem ser extraídas na norma legal (Código de Processo Penal, 1941; Lei 7210, 1984): parte do sistema de justiça (Poder Judiciário, Ministério Público, Polícias e órgãos de fiscalização, Ordem dos Advogados do Brasil e Defensoria Pública), equipe de apoio (CEPEMA), rede social (entidades públicas ou privadas com fins sociais e sem fins lucrativos) (BRASIL, DEPEN, 2016), e ainda conselho deliberativo e consultivo (GMF), a fim de fomentar, coordenar e fiscalizar a implementação das medidas e penas alternativas.

A equipe de apoio, tratada na maior parte do País como CEPEMA (Central de Execução de Penas Alternativas e Medidas Alternativas), tem a função de assessorar o Juiz da Execução na aplicação da pena, a partir de estudos interdisciplinares, de estabelecer a rede social, e de orientar, monitorar e acompanhar o cumprimento da pena. O acompanhamento deve ser integral, por meio de um protagonismo dos profissionais envolvidos (autonomia), atuando na restauração das relações entre os envolvidos e na tentativa de minimização das vulnerabilidades sociais (BRASIL, DEPEN, 2016, p. 26).

Essa por sinal é uma diferença da estrutura existente e a avaliação de resultados entre a aplicação da pena de prisão e a aplicação de uma pena alternativa. No primeiro caso, a lei transfere a responsabilidade ao Poder Executivo e como somente há uma alternativa, a prisão, “presume que esta é a resposta mais eficaz do Estado para o crime pratica-

do” (OLIVEIRA et al, 2002, p. 54). No contexto do cumprimento da pena alternativa, a lei transfere a incumbência ao próprio Poder Judiciário e Ministério Público “de demonstrarem que a medida aplicada foi a mais adequada e que a instituição escolhida era a mais indicada. Por isso, há a necessidade de uma estrutura específica e formal que atenda às nuances e características próprias do microsistema (OLIVEIRA et al, 2002, p. 54 e 63).

A rede social, terceira estrutura/função (fase do cumprimento da pena), segue em três frentes, a de acolher pessoa condenada ao cumprimento da pena alternativa, a de inclusão de demandas sociais sob o consentimento do condenado, e ainda a de receber prestações pecuniárias para o seu fomento. A rede social nada mais é do que a “[...] relação dialógica estabelecida entre o Estado e a sociedade civil organizada no exercício do controle social (controle punitivo do Estado e de defesa do interesse público)”, formada a partir da “[...] ação coordenada com alianças intersetoriais, cuja operacionalização depende de serviços locais disponíveis e da responsabilização dos atores implicados.” (ALENCAR, 2008, p. 132-138).

Outro órgão de relevante atuação perante o microsistema é o GMF (Grupo de Monitoramento e Fiscalização do sistema carcerário), denominado pelos estudos iniciais de conselho de medidas alternativas (OLIVEIRA et al, 2002, p. 66). A função primordial do GMF, além de outras relacionadas ao cárcere, é a de fomentar ações para o desenvolvimento de uma política racional, padronizada, porém, não “engessada” (BRASIL, DEPEN, 2016), e contínua, relativa ao cumprimento da pena alternativa, visando inicialmente à capacitação profissional dos juízes e servidores, por meio da Escola Superior da Magistratura e a instalação e o funcionamento em todo o Estado das estruturas/funções necessárias ao funcionamento do microsistema de penas alternativas. Tem ainda a atribuição de fomentar, coordenar e fiscalizar a implementação de projetos de capacitação profissional e de reinserção social de cumpridores de medidas e penas alternativas, entre outras de acompanhamento dos indicadores relacionados.

Nos aspectos de suas regras de cominação e características, o microsistema de penas alternativas apresenta-se de maneira diversa à regra geral, podendo-se dizer, de forma mais complexa, em face dos ca-

minhos a percorrer, não clarividente ao expectador comum, pois parte de um esforço interpretativo do operador do direito. No Código Penal há uma seção de capítulo, na parte geral, regulando de forma específica as espécies de penas alternativas, e as condições gerais de cominação e aplicação (Seção II, do Capítulo I; e parte do Capítulo II, do Título V).

As penas alternativas têm algumas características intrínsecas. O Código Penal, art. 44, descreve-as como penas *autônomas* e *substitutivas*. A doutrina cita ainda a qualidade do *caráter geral* e da possibilidade de serem *penas alternativas principais*.

A qualidade da *autonomia* lhe garante independência com relação às outras penas criminais. Esse adjetivo, aliás, é o que se extrai da norma jurídica e dos dicionários (FERREIRA, 2009, p. 233; HOUAISS, VILLAR, 2009, p. 225). Por isso, deve significar que, cumpridos os requisitos legais, ela deve ser aplicada, sem qualquer interferência de outra pena, exceto nas hipóteses reguladas.

Juridicamente, o Código Penal reconhece a autonomia das penas alternativas apenas pelo fato de dispô-las em sua estrutura como penas diversas das privativas de liberdade, assim como fez com a pena de multa, descrevendo regras próprias de cominação e aplicação (GOMES, 2007, p. 725), o que referido autor classificou denominando como pena principal.

Outra qualidade, como dito, é ser *substitutiva*. Significa que essa espécie de pena para ser aplicada deve substituir a pena privativa de liberdade. Ou seja, aplicada a pena principal, privativa de liberdade, logo em seguida, esta pode ser substituída por penas alternativas em alguns casos, não se cumulando. A substitutividade da pena alternativa não lhe retira a sua autonomia, com o qual, também, não se confunde.

O fato de ser normatizada no Código Penal que a pena alternativa tem a característica de ser substitutiva, não quer dizer que essa condição é essencial para a sua conceituação. Não há proibição de a pena alternativa estar diretamente descrita no preceito secundário e não há proibição, sendo ela pena principal ou direta, de não ser cumulativa. Sobre isso, apenas as características da autonomia e de ser alternativa à pena privativa de liberdade, ou seja, ao cárcere, é que se denota sua essencialidade.

Além das regras previstas no artigo 44 do Código Penal, a respeito da cominação das penas alternativas e de suas atividades, importante

é se observar os artigos 54 a 57 do mesmo Código, cuidando-se do tempo de duração das penas alternativas e das limitações inerentes às suas finalidades.

As penas de natureza pecuniária, de prestação inominada ou de perda de bens e valores não exigem tempo de cumprimento, bastando o tempo necessário ao pagamento ou entrega (Código Penal, art. 55).

As penas de limitação de fim de semana, de prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, e de interdição temporária de direitos, devem ser cumpridas no mesmo tempo da pena privativa de liberdade fixada na sentença, em regra (Código Penal, art. 55).

Há exceções e peculiaridades. Nesse contexto, Prado (2013, p. 676) as classifica em genéricas e específicas, sendo as primeiras aquelas admitidas para qualquer infração penal, sendo as específicas limitadas a certos casos.

As penas de interdição de direitos da proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; e proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público, somente devem ser aplicadas se os crimes praticados tiverem relação aos deveres que lhes são inerentes (Código Penal, art. 56).

Na hipótese de pena de prestação de serviço, se a pena substituída for superior a um ano, faculta-se ao condenado antecipar o tempo para cumprir a pena, trabalhando mais vezes em menor prazo, mas nunca inferior à metade do tempo (Código Penal, art. 55, c/c art. 46, parágrafo 4º).

Necessário se faz ressaltar alguns princípios e preceitos constitucionais e legais de denotada importância que encontram forte consonância junto ao microsistema de penas alternativas, diante da maior possibilidade de sucesso de seus fins programáticos, comparado ao sistema tradicional de penas.

Alguns são próprios e exclusivos. Alguns deles estão explicitados expressamente na Constituição, outros, estão ocultos, implícitos, mas podem ser deduzidos a partir de uma interpretação sistemática de seus dispositivos.

São princípios específicos: os princípios da necessidade da pena alternativa, da suficiência da pena alternativa, da preponderância da pena

alternativa, da alterabilidade da pena alternativa, da obrigatoriedade de cumprimento da pena alternativa, e do encerramento antecipado da pena alternativa, como específicos ao microsistema.

Os princípios da necessidade e da suficiência da pena alternativa (GOMES, 2007, p. 724; GRECO, 2008, p. 98-104) significam que a pena alternativa deve ser necessária, no critério qualitativo, e suficiente, elemento quantitativo, para a reprovação e a prevenção do delito (Código Penal, art. 59, 1940), ou seja, não seja excessiva e nem branda.

A necessidade não é enfocada para afastar a aplicação da pena ou absolver o agente, e sim como método interpretativo ao juiz para se optar, dentre as penas constantes do rol taxativo, qual delas é mais apta à reprovação e à prevenção do delito no caso concreto. A suficiência retrata, por sua vez, a quantidade de pena a ser imposta (GRECO, 2008, p. 101-104).

O princípio da necessidade encontra-se previsto nas regras de Tóquio (CNJ, 2016, p. 19 e 20), respeitantes aos itens 12.1, 12.2, 12.3 e 12.4. Informa, em resumo, que as penas devem respeitar as necessidades da sociedade e os direitos do infrator e da vítima.

Estes princípios são corolários dos princípios gerais da ciência penal, da humanidade, da intervenção mínima e da proporcionalidade.

O princípio da preponderância da pena alternativa encontra previsão em vários dispositivos legais. Podem-se citar os artigos 44, 54 e 77, III, todos do Código Penal.

Significa que a pena alternativa, dentro de sua concepção legal, deve ser a regra no sistema de execução penal. As hipóteses em que se aplicaria pena de prisão estariam circunscritas aos crimes mais graves e hediondos. Nos demais casos, somente se aplicaria a prisão como última medida.

Presentes os seus requisitos, é dever do Estado a aplicação das penas alternativas em substituição às penas privativas de liberdade. O próprio instituto do sursis (suspensão condicional da pena), também alternativo à prisão, porém, considerado mais gravoso, foi classificado como subsidiário às penas alternativas.

Os adágios deste princípio encontram-se presentes nas regras de Tóquio (CNJ, 2016, p. 19 e 20):

14.3 O fracasso de uma medida não privativa de liberdade não deve conduzir automaticamente à imposição de uma medida de prisão.

14.4 Em caso de modificação ou de revogação da medida não privativa de liberdade, a autoridade competente deve se esforçar para encontrar uma solução substituta adequada. Uma sentença de prisão só pode ser pronunciada se não existirem outras medidas adequadas. (CNJ, 2016, p. 20)

Essas hipóteses seguem a mesma racionalidade prevista no art. 282, parágrafo 6º, do Código de Processo Penal, inserido pela Lei 12.403, que entende a prisão cautelar como *ultima ratio* dentre as demais medidas cautelares.

Precedentes do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, HC 304328/DF, 2016) frisam que, por política criminal, a pena privativa de liberdade deve sempre ser aplicada como *ultima ratio*, merecendo ser substituída toda vez que possível e suficiente para os fins a que a reprimenda criminal se destina.

Este princípio pode ser extraído do princípio geral da intervenção mínima.

O princípio da alterabilidade da pena alternativa, consectário dos princípios da humanidade, da intervenção mínima e da proporcionalidade, bem como da necessidade e suficiência da pena alternativa, tem previsão explícita no art. 148 da Lei 7.210/1984, observando-se os fins previstos no art. 59 do Código Penal e art. 1º da lei 7.210/1984.

Manifesta que em qualquer fase da execução, poderá o Juiz, motivadamente, alterar a forma de cumprimento das penas, ajustando-as às condições pessoais do condenado e às características do estabelecimento, da entidade ou do programa comunitário ou estatal.

Esse princípio também tem previsão nas regras de Tóquio, no item 12.4. Estabelece o dispositivo que as “condições podem ser modificadas pela autoridade competente, de acordo com os estatutos legais, em função dos progressos realizados pelo infrator” (BRASIL, CNJ, 2016, p. 19). Estipula ainda as regras elencadas nos itens 14.3 e 14.4, conforme acima descrito.

É necessária a motivação das decisões judiciais, seja para alterar a pena fixada, por motivo superveniente ou por surgimento de novas informações, ou a forma de cumprimento e sua quantidade.

O princípio da obrigatoriedade de cumprimento da pena determina que a pena alternativa, classificada como sanção negativa imposta, é obrigatória à pessoa condenada. Ou seja, não é medida facultativa. A doutrina (GOMES, 2007, p. 766; CAPEZ, 2014, p. 429) as trata como penas não consensuais.

É totalmente prescindível ao direito brasileiro o consentimento do condenado como condição à aplicação da pena alternativa (BITENCOURT, 2007, p. 514-515).

O próprio conceito de pena já determina a sua compulsoriedade. Pena “é a sanção (castigo) imposta pelo Estado (pela autoridade judicial competente), quando necessária (para fins de repressão e prevenção), de acordo com o devido processo legal, ao agente culpável de um fato punível.” (GOMES, 2007, p. 654). É “privação ou restrição de bens jurídicos estabelecida pela lei [...]” (GOMES, 2007, p. 658). A pena tem natureza essencialmente retributiva (GOMES, 2007, p. 659).

Por fim, há o princípio do encerramento antecipado da pena alternativa.

Regra geral, a pena alternativa substitutiva deve ser cumprida no mesmo tempo da pena privativa de liberdade imposta. No entanto, dependendo da pena aplicada pode ter esse tempo reduzido, como a substituição por pena pecuniária e a redução do tempo na prestação de serviços à comunidade (Código Penal, art. 46, parágrafo 4º, 1940).

De acordo com o subitem 11.2, das regras de Tóquio, o juiz pode “decidir pelo encerramento antecipado da medida quando o infrator responde favoravelmente a ela” (BRASIL, CNJ, 2016, p. 19), porém, essa medida não foi expressamente contemplada no direito nacional, fora dos casos vinculados às espécies de penas alternativas que, no entanto, podem ter esse efeito, caso haja alteração da pena alternativa de duração mais curta (Lei 7.210, art. 148, 1984).

Os objetivos do microsistema de penas alternativas estão mais próximos de cumprir as funções da pena, especialmente de entender o comportamento desviante, seu histórico, e toda a complexidade comportamental envolvida (SÁ, 2015, p. 293-300).

Para a maior parte dos doutrinadores nacionais, as penas alternativas são as que se prestam a proporcionar melhores condições para a harmônica integração social do condenado, como estabelece o art. 1º, da Lei 7.210/1984 (BITENCOURT, 2007).

Reale Júnior (2013) detalha que a pena alternativa à prisão “[...] busca humanizar o direito penal recorrendo a novas medidas que não o encarceramento; que pretende fazer da execução da pena a oportunidade para sugerir e suscitar valores, facilitando a resolução de conflitos pessoais do condenado [...] (1985, p. 48)”.

Inverte a responsabilidade do Estado para a pessoa condenada em satisfazer uma obrigação, dando-lhe oportunidade de praticar atos que possam demonstrar sua responsabilidade, em um processo proximal de interação recíproca (DINIZ et al, 2010, p. 68).

4 RESULTADO E ANÁLISE CRÍTICA

Com relação ao processo penal, a crítica advinda de pesquisas (IPEA, 2015, p. 86-87; GAGLIARDI, 2018, p. 215-221 e 278-282), que atinge o microsistema, relaciona-se com o elevado número de prescrições, fruto da “morosidade na tramitação dos processos e pelo fato de a justiça criminal ser incapaz de trazer para o sistema, réus e condenados à revelia”.

Outras críticas ao microsistema referem-se à aplicação da pena de forma não uniforme, e sem a correspondência (proporcionalidade) à pena privativa aplicada, muitas delas insignificantes, não se observando os princípios da necessidade e da suficiência, gerando efeitos de banalização e desacreditação (REALE JÚNIOR, 2013, p. 383-384; NUCCI, 2008, p. 417).

Do lado inverso, no sentido da criação de óbices a não substituição à pena alternativa, o relatório de pesquisa (IPEA, 2015, p. 86-87), constatou o arbítrio excessivo na aplicação da pena, baseado na intuição, e na resistência em sua aplicação, por ser ligado ao sinônimo da impunidade. Essa concepção pode ter influenciado a não substituição da pena privativa de liberdade à alternativa em 18% dos casos de não substituição, sem qualquer fundamentação judicial, conforme estudo de Gagliardi (2018, p. 228-229). Havia a mesma constatação referente

à resistência da substituição para a pena alternativa por parte dos juízes, quando envolviam crimes de tráfico de drogas, entre os anos de 2004 e 2006, exceto na capital gaúcha, segundo pesquisa, atinente ao levantamento nacional sobre execução de penas alternativas, promovida pelo DEPEN/MJ (ILANUD, 2006, p. 255).

Quanto ao cumprimento da pena, as críticas circundam a não estruturação das entidades, como casa do albergado, e centrais de apoio, formalizada e organizada, e da dificuldade da realização de parcerias (rede social) para tal fim.

A doutrina informa a dificuldade de operacionalização para o cumprimento de referida pena, a falta de meios práticos de controle e fiscalização (SICA, 2002, p. 187).

Relatório de pesquisa (IPEA, 2015, p. 86-87) concluiu que há falta de servidores para fiscalizar o cumprimento das penas alternativas e há falta de estrutura para a execução e a fiscalização do cumprimento da pena.

Outra pesquisa (GAGLIARDI, 2018, p. 267-268), no mesmo sentido, demonstrou quase a total ausência de meios de acompanhamento, fiscalização e controle das penas alternativas aplicadas.

Segundo a doutrina, há resistências por parte da rede social em receber pessoas condenadas. Nesse ponto, há falta de interesse ou receptividade dos gestores e demais membros das entidades privadas ou públicas em admitir o cumprimento de pena criminal em seus estabelecimentos (SANTOS, 2014, p. 507).

Nos locais em que há mais estrutura, como nas capitais em que a pesquisa foi realizada (ILANUD, 2006, p. 262-263), com relação aos padrões e rotinas procedimentais de monitoramento e fiscalização da prestação de serviços à comunidade, estes se resumem à utilização de relatório de frequência enviado pelas entidades e, em caráter eventual, a realização de visitas a entidades, que se preocupam, todavia, mais com a avaliação da entidade do que com o prestador.

Crítica substancial refere-se à visão de todos os atores envolvidos, acerca da pessoa condenada. Na maior parte do estudo mostrou-se que as ações estão voltadas ainda ao paradigma punitivo tradicional, “conservador e de uma mentalidade ultra-punitiva”, inclusive com resistência ao monitoramento, “atribuindo-lhes a pecha de criminosos”,

o que demonstrava a necessidade de constantes treinamentos de todos os envolvidos, e até de um “processo de permanente formação” (ILANUD, 2006, p. 256-257).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da pesquisa, a partir da norma jurídica brasileira, extrai-se uma subteoria que trata de forma especial das penas alternativas.

Há um microssistema de penas alternativas concêntrico ao sistema de justiça penal. Pode-se vislumbrar que o arcabouço jurídico que faz denotar por sua constituição respeita preceitos gerais, tem alicerce na Constituição da República, e nas normas penais, processuais penais e de execução penal. Em seu íntimo tem elementos normativos, estrutura, funções, atividades, próprios e padronizados, diversos das demais penas criminais, princípios deontológicos, objetivos e regras de conduta diversas. Seu produto, a pena alternativa, está mais próximo de satisfazer a amplitude do princípio da dignidade da pessoa humana, com a ambição de obter melhores resultados psicossociais para quem recebe a pena, para a vítima e sociedade, principalmente a partir de uma perspectiva criminológica de terceira geração.

São os princípios específicos do microssistema: da necessidade da pena alternativa, da suficiência da pena alternativa, da preponderância da pena alternativa, da alterabilidade da pena alternativa, da obrigatoriedade de cumprimento da pena alternativa, e do encerramento antecipado da pena alternativa.

No entanto, é possível asseverar que tal subteoria necessita de reparos ainda que sutis, diante das várias críticas úteis observadas, particularmente em alterações legislativas e nas gestões públicas, a fim de melhor garantir a padronização e a consolidação de seus preceitos.

Detectam-se problemas de compreensão e cumprimento dos princípios específicos, de organização da estrutura e dos fluxos e rotinas, e visão distorcida acerca dos preceitos da subteoria por parte dos atores envolvidos, ainda impregnados por ideais do paradigma punitivo tradicional.

Evidencia-se a necessidade de maior esforço político e técnico para a consolidação da subteoria.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Márcia de. Alternativas Penais e Rede Social. **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**. Brasília: Conselho Nacional de Política Criminal, 2008, v. 21, n. 1, p. 132-138. Disponível em: <<http://www.comunidade-segura.org.br/files/alternativaspenaiseredesocial.pdf>>. Acesso em 03 fev. 2020.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 11. e 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2007 e 2012.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Tóquio** - regras mínimas das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade. Brasília, DF, 2016. 24 p. – (Série Tratados Internacionais de Direitos Humanos). Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/6ab7922434499259ffc0729122b2d38.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2020.

_____. DEPEN. Departamento Penitenciário Nacional. **Manual de Gestão para Alternativas Penais**: Penas Restritivas de Direitos. Coordenação-Geral de Alternativas Penais. Brasília, 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 304328/DF, 10 de maio de 2016. Relator: Ministro Jorge Mussi. Quinta turma. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBR-S?b=ACOR&livre=@docn=%27000067636%27>>. Acesso em: 19 fev. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 36797/SP, 14 de setembro de 1993. Relator: Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. Sexta turma. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=36797&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=5>>. Acesso em: 19 fev. 2020.

BRETAS, Hugo Rios. *Microsistemas e suas interações: Em busca de uma Teoria Geral dos Microsistemas*. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 86, mar 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9230>. Acesso em 10 mar. 2020.

BRONFENBRENNER, Urie. **A ecologia do desenvolvimento humano**: experimentos naturais e planejados. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. Volume I. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DICIONÁRIO Priberam da Língua Portuguesa. Disponível em: <<https://www.priberam.pt/dlpo/>>. Acesso em 11 mar. 2020.

DINIZ, Eva; KOLLER, Silvia Helena. O afeto como um processo de desenvolvimento ecológico. **Educar**. Curitiba: Editora UFPR, n. 36, p. 65-76, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-40602010000100006-&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em: 10 mar. 2020.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 37.ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

GAGLIARDI, Ricardo. O princípio da razoável duração do processo e a prescrição penal: um estudo de caso na Comarca de Colmeia, Estado do Tocantins. In: MELO, José Wilson Rodrigues de; ROCHA, Suyene Monteiro da; FERNANDES, Suzidarly Ribeiro Teixeira. **Caminhos e olhares sobre os direitos humanos**. Curitiba: CRV, 2017. 258p. p.209-233.

_____. **Microsistema de penas criminais alternativas nas comarcas de menor porte do Estado do Tocantins**: diagnóstico, tendências e proposições. 2018. 402f. Dissertação de mestrado em prestação jurisdicional e direitos humanos. Universidade Federal do Tocantins, 2018.

GOMES, Luiz Flávio. **Penas e medidas alternativas à prisão**: doutrina e jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000.

_____. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais. Volume II. 2007.

GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio**. 3. ed. Niterói: Impetus. 2008.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Sales. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva. 2009.

ILANUD. INSTITUTO LATINO AMERICANO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA PREVENÇÃO DO DELITO E TRATAMENTO DO DELINQUENTE. **Levantamento Nacional Sobre Execução De Penas Alternativas** – Relatório Final de Pesquisa. 2006. 286 p. Disponível em: <<file:///C:/Users/Tribunal/Downloads/PenasAlternativasILANUDcompleto.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

IPEA. INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **A aplicação de penas e medidas alternativas** – relatório de pesquisa. Rio de Janeiro - Secretaria de Assuntos Estratégicos: Livraria do Ipea, 2015. 100 p. Disponível em: <<http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/7517>>. Acesso em: 15 fev. 2020.

MAZZEI, Rodrigo Reis. **O direito de superfície no ordenamento jurídico brasileiro**. 2007. 406 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral - parte especial. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Fabiana Costa et al. Medidas alternativas: estrutura necessária para aplicação, fiscalização e avaliação. **Boletim Científico**. Jan./mar., p. 53-67, 2002.

- PIRES, Alvaro P.; DIGNEFFE, Françoise. Vers un paradigme des inter-relations sociales? Pur une reconstruction du champ criminologique. **Criminologie**, v. 25, n. 2, p. 13-47, 1992.
- PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013.
- REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense. 2013.
- SÁ, Alvino Augusto de. **Criminologia clínica e execução penal: proposta de um modelo de terceira geração**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2015.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 6. ed. Curitiba: ICPC Cursos e Edições. 2014.
- SICA, Leonardo. **Direito penal de emergência e alternativas à prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.
- ZAFFARONI, Eugêncio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.

CONTRATAÇÕES PÚBLICAS NO BRASIL EM TRÊS ATOS: PASSADO, PRESENTE E FUTURO

Gabriel Vinícius Carmona Gonçalves

Pedro Henrique Espagnol de Farias

Mateus Piva Adami

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS.

A Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993 (“Lei Geral de Licitações” ou “LGL”), regulamentando a exigência constitucional de licitação, estabeleceu o regime jurídico das contratações públicas pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito de todas as esferas da Federação. Embora longeva (e ainda vigente), o que se pode observar na prática é a defasagem do procedimento estabelecido pela LGL, em especial com base na extensa produção normativa sobre a matéria, que, até mesmo, acaba por lhe ofuscar o caráter de “lei geral” em determinados temas.

No contexto atual, o país tem buscado modernizar suas contratações públicas, seja por meio de iniciativas legislativas, seja pela adesão a acordos internacionais de contratações públicas. Nesse anseio, destaca-se a intenção do Governo Brasileiro em aderir, como parte, ao Government Procurement Agreement (“GPA”) (do qual o Brasil já é observador desde 2017), norma internacional editada no âmbito da Organização Mundial do Comércio (“OMC”), e cujo intuito é uniformizar as condições de tratamento a licitantes nacionais e internacio-

nais, bem como garantir a transparência e segurança necessárias para viabilizar o investimento privado externo.

Como perspectiva para o futuro, as atenções se voltam ao Projeto de Lei nº 1292/1995, que possui andamento relativamente avançado no Congresso Nacional. A iniciativa pretende unificar e atualizar o procedimento geral aplicável às contratações públicas, internalizando experiências positivas observadas na aplicação de outros diplomas legais.

Como se passa a analisar, há certa coerência entre a Lei nº 8.666/1993, o GPA e o Projeto de Lei, na medida em que eles sugerem uma evolução do regramento aplicável às contratações públicas no Brasil. Nessa linha, buscaremos analisar esses diplomas como três atos da disciplina jurídica das licitações, isto é, passado, presente e futuro, pretendendo atingir uma noção geral sobre o que está ultrapassado, onde estamos e aonde se quer chegar.

2. ATO 1 – PASSADO: A LEI N.º 8.666/93.

O passado que consideramos aqui não diz respeito à vigência, uma vez que a Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993 (“Lei Geral de Licitações” ou “LGL”), ainda é a norma geral em vigor para disciplinar as licitações e os contratos da Administração Pública brasileira, em todas as esferas da Federação. O passado está relacionado à desatualização do procedimento competitivo estabelecido pela LGL.

O regime jurídico da LGL dispensa apresentações. Das fases da licitação até os critérios de julgamento, passando pelas hipóteses de inexigibilidade e dispensa, o seu regramento já foi pisado e repisado pela doutrina e pela jurisprudência. O presente tópico, portanto, não tem a intenção de delinear o regime jurídico da LGL, algo já feito com competência por outras obras.

De modo distinto, o nosso objetivo é apresentar brevemente uma constatação, já plenamente observável na prática e que pode ser qualificada como senso comum: a LGL está defasada, à luz da realidade atual das contratações públicas no Brasil.

O regime jurídico da LGL, a despeito do discurso moralizante de combate à corrupção, acabou tornando a participação em uma licitação, na prática, em um exercício de conhecimento sobre as regras

do jogo (ou, no ditado popular, em uma “gincana” ou “corrida de sacos”). Vence quem melhor conhece o seu procedimento altamente formalista e complexo acaba se sagrando vencedor do certame⁴⁹, que pouco contribui para a seleção da melhor proposta.

Embora seja amplamente difundida, trata-se de uma constatação relevante, uma vez que o fundamento constitucional que ampara a exigência de licitação é a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, bem como a necessária impessoalidade que deve ser observada nas contratações públicas⁵⁰. Se o processo legislativo é inapto a atingir esse resultado, há no mínimo um indício de problemas.

Não há como comprovar melhor a defasagem do procedimento previsto pela LGL do que pela observação do panorama legislativo envolvendo as contratações públicas no Brasil. Após o advento da norma, o legislador brasileiro ampliou as hipóteses de dispensa de licitação, originalmente 15 para as atuais 35, e desenvolveu outras formas para otimizar as contratações, em especial o pregão, o pregão eletrônico, o Regime Diferenciado de Contratação (“RDC”) e diversos regimes paralelos, como o previsto no Título II da Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016 (“Lei das Estatais”).

49 *“As normas contidas na Lei Geral de Licitação e Contratos, ao contrário do que se poderia imaginar, não são neutras. A legalização das regras sobre licitações foi conduzida por grupos de interesses que as moldaram de modo não a atender ao interesse do público, mas daqueles que foram capazes de influir decisivamente no processo legislativo. Valendo-se do discurso de combate à corrupção – cujo núcleo estaria na capacidade de a administração dirigir contratos – e de promoção da competição nas contratações públicas, criou-se, em verdade, um jogo de aparências. Amarrou-se a administração a um conjunto de rígidas regras que, sob o pretexto de promoverem a competição e a moralização, levaram ao fechamento do mercado público em benefício, principalmente, das empreiteiras de médio porte que tivessem como demonstrar experiência anterior. Em outras palavras, a Lei nº 8.666/93 trabalha em favor do que chamo de empreiteiras emergentes.”* (ROSILHO, 2011)

50 Constituição Federal, art. 37, XXI: *“ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”*

O aumento das hipóteses de contratação direta representa uma evidência inegável de que é mais simples atender a uma circunstância pontual para excepcionar a irracionalidade do procedimento licitatório do que propriamente redesenhar os instrumentos de contratação para torná-los mais racionais. O problema, no entanto, remanesce para quem não é contemplado.

Além disso, o próprio caráter de “lei geral” da LGL pode ser questionado, seja pelo advento de uma série de leis estabelecimento procedimentos licitatórios com características específicas, em geral para endereçar, justamente, as deficiências do procedimento padrão, quanto pelas regras locais criadas por Estados e Municípios – prevendo, por exemplo, a inversão de fases no procedimento de concorrência⁵¹.

O pregão foi criado pela Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002 (“Lei do Pregão”), a fim de estabelecer um regime mais simples para a contratação dos chamados bens e serviços comuns, que são “aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado”⁵². Essa categoria, no entanto, vem sendo interpretada de forma cada vez mais abrangente pela Administração Pública e pelo Tribunal de Contas da União (“TCU”), admitindo-se a aplicação do pregão em diversas hipóteses, como para a contratação de serviços comuns de engenharia⁵³, licenças de softwares, dentre outros.

Esse esforço interpretativo se dá justamente em razão da simplicidade e agilidade do pregão, que possui inversão de fases (i.e., habilitação após o julgamento das propostas) e julgamento baseado exclusivamente no critério de menor preço⁵⁴. Com o intuito de adicionar ainda mais praticidade, a própria Lei do Pregão estabeleceu a sua modalidade

51 Vide, por exemplo, o art. 40 da Lei 6.544, de 22 de novembro de 1989, do Estado de São Paulo.

52 Lei do Pregão art. 1º, parágrafo único.

53 Súmula TCU 257: “O uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei 10.520/2002”.

54 Lei do Pregão, art. 4º, X: “para julgamento e classificação das propostas, será adotado o critério de menor preço, observados os prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e parâmetros mínimos de desempenho e qualidade definidos no edital;”.

eletrônica⁵⁵, regulamentada pelo Decreto nº 5.450/2005, recentemente revogado pelo Decreto nº 10.024/2019. O novo decreto estabeleceu a obrigatoriedade da modalidade eletrônica para realização do pregão⁵⁶, bem como orçamento sigiloso⁵⁷ e utilização compulsória do Sistema de Compras do Governo Federal (i.e., Comprasnet)⁵⁸.

Por fim, vale destacar o RDC. Trata-se de modalidade introduzida no ordenamento jurídico por meio da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, com o intuito de simplificar os processos de contratação destinados à realização de eventos esportivos internacionais. Dentre as inovações do RDC em relação ao procedimento estabelecido pela LGL, a principal é a inversão de fases da licitação, tendo o julgamento da proposta como etapa anterior à habilitação do licitante vencedor.

A priori, a redação original da norma previa hipóteses muito específicas para o RDC, aplicável somente a licitações e contratos necessários à realização dos Jogos Olímpicos e Paralímpicos de 2016, da Copa das Confederações de 2013 e da Copa do Mundo de 2014, bem como de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das cidades sedes desses eventos.

No entanto, como sinal de esgotamento da LGL, foram incluídos sete novos incisos no art. 1º da Lei nº 12.462/2011, tais como: as ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (“PAC”), as obras e serviços de engenharia do Sistema Único de Saúde (“SUS”), as ações no âmbito da segurança pública, as obras e serviços de engenharia, relacionadas a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação

55 Lei do Pregão, art. 2º, §1º: *“Poderá ser realizado o pregão por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação, nos termos de regulamentação específica”.*

56 Decreto nº 10.024/2019, art. 1º, §1º: *“A utilização da modalidade de pregão, na forma eletrônica, pelos órgãos da administração pública federal direta, pelas autarquias, pelas fundações e pelos fundos especiais é obrigatória”.*

57 Decreto nº 10.024/2019, art. 15, §2º: *“O valor estimado ou o valor máximo aceitável para a contratação, se não constar expressamente do edital, possuirá caráter sigiloso e será disponibilizado exclusiva e permanentemente aos órgãos de controle externo e interno”.*

58 Decreto nº 10.024/2019, art. 5º: *“O pregão, na forma eletrônica, ocorrerá quando a disputa pelo fornecimento de bens ou pela contratação de serviços comuns for realizada à distância e em sessão pública, por meio do Sistema de Compras do Governo federal, disponível no endereço eletrônico www.comprasgovernamentais.gov.br”.*

de infraestrutura logística, as ações em órgãos e entidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação, dentre outras.

Portanto, do que se pode extrair do panorama legislativo apresentado acima, não apenas o procedimento previsto pela LGL se encontra defasado, como, em razão disso, a norma perdeu a sua abrangência na prática. Se a intenção inicial era estabelecer uma lei geral para as contratações públicas, fato é que o âmbito de aplicação da norma foi restringido.

De um lado, as hipóteses de dispensa de licitação passaram a se amontoar. De outro, a produção normativa sobre o tema buscou introduzir novos procedimentos competitivos no ordenamento jurídico, tanto na esfera federal quanto local. Nesses dois movimentos, se identifica um anseio comum, que é a demonstração mais evidente do esgotamento da LGL: o reconhecimento de que o processo de contratação estruturado por ela é ineficiente e não deve ser aplicado para diversas situações. No entanto, a despeito de seu esgotamento, se observa paradoxalmente uma força enorme na LGL, que se reflete na enorme dificuldade em se estabelecer um modelo alternativo de contratações no Brasil.

3. ATO 2 – PRESENTE: *GOVERNMENT PROCUREMENT AGREEMENT*.

Em outubro de 2017, o Brasil aderiu como membro observador do *Government Procurement Agreement* (ou “GPA”; em português, Acordo de Compras Governamentais), um acordo multilateral negociado no âmbito da Organização Mundial do Comércio (“OMC”), com a finalidade de promover a abertura dos processos de compras públicas entre as suas partes.

Mais ainda: em janeiro de 2020, a Delegação Brasileira junto à OMC anunciou a intenção do país em aderir como parte nesse tratado internacional, obrigando-se nos seus termos⁵⁹.

59 Conforme antecipado na página oficial da Delegação Brasileira junto à Organização Mundial do Comércio em 22 de janeiro de 2020. Disponível em <<https://twitter.com/brazilwto/status/1220075010964054016>>. Acesso em 02 abr. 2020.

O GPA se aplica, como se nota da sua cláusula de escopo e cobertura, às compras de bens e contratações de serviços em geral, exceção feita à aquisição ou aluguel de imóveis, aos acordos extracontratuais (como subvenções, empréstimos, incentivos fiscais, etc.), às questões que envolvam valores mobiliários, às contratações de servidores ou empregados públicos e às aquisições voltadas à assistência internacional.

Esse acordo internacional é fundamentado em cinco grandes princípios gerais (não discriminação, uso de meios eletrônicos, conduta da entidade contratante, regras de origem e compensações), que são as grandes bússolas que regem a sua aplicação⁶⁰.

Merece especial destaque a cláusula de não-discriminação⁶¹, que se mostra como uma das mais importantes para a efetividade do tratado, na medida em que obriga as partes contratantes a concederem o mesmo tratamento dado aos seus nacionais nas contratações públicas estrangeiras aos licitantes dos demais países.

60 “É importante destacar que, para países em desenvolvimento, a entrada no GPA admite uma fase de transição, em que os países recentemente incluídos no GPA podem amenizar possíveis efeitos negativos, adotando políticas de preferências de preços e/ou utilizando políticas de offset. Os resultados desse estudo sugerem que, durante esse período de transição, é importante que Brasil adote as medidas para evitar que apenas o segundo cenário ocorra. A entrada no acordo seria vantajosa para o Brasil caso as empresas locais ganhem mercado junto aos países-membros e/ou ocorram ganhos de eficiência para o setor público” (ARAÚJO JÚNIOR, 2019, p. 30).

61 “Artigo IV - Princípios gerais Não Discriminação 1. No que diz respeito a qualquer medida relativa a compras governamentais cobertas [pelo tratado], cada Parte, incluindo suas entidades compradoras, concederá imediata e incondicionalmente que os bens e serviços de qualquer outra Parte e aos fornecedores de qualquer outra Parte que ofereça os bens ou serviços de qualquer Parte, tratamento não menos favorável que o tratamento que a Parte, incluindo suas entidades compradoras, conceda em: (a) bens domésticos, serviços e fornecedores; e (b) bens, serviços e fornecedores de qualquer outra Parte. 2. No que diz respeito a qualquer medida relativa a compras governamentais cobertas [pelo tratado], uma Parte, incluindo suas entidades compradoras, não deve: (a) tratar um fornecedor estabelecido localmente de forma menos favorável que outro fornecedor estabelecido localmente com base no grau de afiliação ou propriedade estrangeira; ou (b) discriminar um fornecedor estabelecido localmente, com base no fato de que os bens ou serviços oferecidos por esse fornecedor para uma compra específica são bens ou serviços de qualquer outra Parte” (tradução livre).

Além disso, o tratado internacional estabelece regras específicas a respeito da disponibilização de informações sobre o sistema de compras dos países aderentes (Artigo VI), os anúncios de compras públicas, com todas as informações necessárias à participação dos estrangeiros que eventualmente estejam interessados (Artigo VII), as condições de participação – de nacionais e estrangeiros (Artigo VIII), a qualificação dos potenciais fornecedores (Artigo IX), as especificações técnicas e a documentação exigidas no processo de seleção dos fornecedores (Artigo X), os prazos nas contratações públicas (Artigo XI) e as regras de negociação (Artigo XII).

O GPA também traz previsões detalhadas sobre as hipóteses de limitação de participações nas licitações nacionais (Artigo XIII), os leilões eletrônicos (Artigo XIV), o tratamento das licitações e a adjudicação de contratos (Artigo XV), a transparência e divulgação das informações sobre as aquisições (Artigos XVI e XVII), os procedimentos de revisão doméstica (administrativa ou judicial) dos procedimentos de contratação (Artigo XVIII).

Essa visão geral do acordo mostra a multiplicidade de temas abarcados por ele, muitos deles com aparentes (ou até mesmo flagrantes) incompatibilidades em relação à legislação nacional – basta lembrar, por exemplo, dos privilégios legais concedidos às empresas nacionais no setor de informática e automação (com a Lei n.º 8.248, de 23 de outubro de 1991, que claramente está em contradição com o GPA), e da dissonância entre os prazos para a apresentação de propostas previstos na legislação local⁶² e no tratado internacional⁶³.

Apesar da necessidade de adaptação de alguns pontos cruciais da legislação nacional para adequá-la ao regime jurídico de contratações públicas trazido pelo GPA, MONASSA e LEONELLI (2013, p. 82) apontam que:

(...) várias normas da Lei de Licitações já contemplam a Cláusula do Tratamento Nacional e da Não Discriminação. A própria Constituição, quando trata da Administração Pública, já

62 Lei n.º 8.666/93, art. 21, §2º, incisos II, III e IV.

63 Artigo XI, itens 2 a 8.

prevê princípios de aplicação obrigatória que estão em consonância com as exigências de isonomia e transparência do GPA. A necessidade de ampla publicidade dada ao início do procedimento, a transparência e o direito de acesso aos documentos da realização do certame, as formas de igualar os concorrentes nacionais e internacionais, no caso do art. 40, IX, e do art. 42, ambos da Lei nº 8.666/93, são exemplos de normas nacionais que já visam à igualdade entre os concorrentes.

O Governo Federal, contudo, já começou a endereçar algumas das questões contraditórias logo após o anúncio da intenção de aderir em definitivo ao GPA. Em 10 de fevereiro de 2020, o Ministério da Economia publicou no Diário Oficial da União a Instrução Normativa n.º 10, que flexibiliza a exigência documental para que empresas estrangeiras se cadastrem no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (na prática, isentando-as de terem uma filial no Brasil)⁶⁴.

Vale salientar que a iniciativa, além de tímida, não endereça os reais problemas que tornam a participação de empresas estrangeiras em licitações no Brasil uma verdadeira aventura. Citem-se, a título de exemplo, as formas de demonstração de qualificação econômico-financeira, bem como as exigências habitualmente presentes nos editais para a comprovação de qualificação técnica – como a necessidade de acervo dos atestados no Brasil⁶⁵.

De todo modo, há uma tendência de adaptação da legislação nacional no sentido de abertura para a participação de empresas estrangeiras (especialmente no plano infralegal, pela clara tendência liberal do atual governo). O grande debate que fica é sobre os reais benefícios para o Brasil em uma abertura de mercados abrupta.

64 “Art. 20-A. As empresas estrangeiras que não funcionem no País, para participarem dos procedimentos de licitação, dispensa, inexigibilidade e nos contratos administrativos, poderão se cadastrar no SicaF, mediante código identificador específico fornecido pelo sistema, observadas as seguintes condições: I - os documentos exigidos para os níveis cadastrais de que trata o art. 6º poderão ser atendidos mediante documentos equivalentes, inicialmente apresentados com tradução livre”.

65 Sobre o tema, cf. PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva e ADAMI, Mateus Piva. Mercado de obras públicas, corrupção e investimentos. JOTA, 02 mar. 2018.

De um lado, como aponta ARAÚJO JÚNIOR (2019, p. 09), “acessar o mercado de compras governamentais de todos os países-membros do acordo nas mesmas condições das empresas locais é um dos grandes atrativos do acordo”, que pode beneficiar a indústria e os serviços nacionais – especialmente pela “não exclusão dos mercados de compras governamentais dos países-membros em razão de políticas protecionistas do tipo buy national”.

Como segue o autor, “o GPA também promove a convergência internacional em sistemas de compras e, por resultar em padrões de transparência e procedimentos, é visto como uma forma de melhorar a credibilidade nos processos de compras governamentais”, o que também pode reduzir o risco de investimento externo direto, exatamente pela maior transparência ocasionada pela padronização de normas a nível internacional.

Por outro lado, o ingresso em uma norma internacional desse porte pode trazer para o país ingressante altos custos na realização de “*mudanças e [n]a manutenção de sistemas de informação para garantir a transparência que o GPA propicia nos processos de compras pública*” (ARAÚJO JÚNIOR, 2019, p. 10). Vale lembrar, por outro lado, que esses custos inerentes ao aumento transparência também contribuem para endereçar outro problema presente em nosso mercado de obras públicas: a corrupção⁶⁶.

Além disso, a adesão definitiva do país ao GPA pode levar à perda de competitividade dos fornecedores nacionais nas licitações internas, ocasionando desequilíbrio na balança comercial – e também no mercado local⁶⁷. Esse cenário poderia ser equilibrado pela abertura de novos mercados às empresas nacionais, o que compensaria as perdas havidas na outra ponta.

66 Sobre o tema, cf. PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva e ADAMI, Mateus Piva. *Mercado de obras públicas, corrupção e investimentos*. JOTA, 02 mar. 2018.

67 “(...) os dados levantados indicam que, na sequência da entrada de alguns países no GPA, houve um aumento na participação de produtos importados nas compras públicas. Indicando uma correlação entre a entrada no GPA e o aumento, ainda que pequeno, de produtos importados por parte do governo. Os resultados no modelo de equilíbrio geral indicam que tal substituição, na ausência de qualquer política de compensação comercial, pode gerar perdas de empregos na economia” (ARAÚJO JÚNIOR, 2019, p. 30).

Como se nota, há muito espaço para discussão, tanto no campo jurídico quanto na seara econômica, mas o fato é que a decisão do Brasil de aderir ao GPA já vem trazendo reflexos para as normas jurídicas de compras governamentais no país⁶⁸, demonstrando ser esse o estágio presente das contratações públicas.

4. ATO 3 – FUTURO: O PROJETO DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

Como se nota das seções anteriores, o regramento estabelecido pela LGL se encontra defasado, de modo que a legislação vem sendo alterada para introduzir procedimentos mais simples e ágeis, cujas hipóteses de aplicação são constantemente alargadas e interpretadas ampliativamente. Soma-se a essa constatação, as regras previstas pelo GPA, que, como mencionado acima, podem alterar consideravelmente a estruturação das licitações para a contratação de obras e serviços no Brasil.

Nos resta, nesta seção, analisar as novas perspectivas no panorama legal das contratações públicas, materializadas pelo Projeto de Lei nº 1292/1995, aprovado pelo Plenário da Câmara dos Deputados e submetido à apreciação do Senado Federal (i.e., já em fase final de tramitação).

A primeira novidade trazida pelo PL é a unificação do regime jurídico das contratações públicas. Como visto na primeira seção deste artigo, o ordenamento jurídico brasileiro se tornou uma verdadeira “colcha de retalhos” em matéria de contratações públicas, contando, atualmente, com diversos procedimentos que podem ser aplicados para realizar uma licitação, isto é, LGL, pregão, presencial ou eletrônico, e RDC.

Com o advento da nova norma, o legislador pretende unificar a disciplina jurídica das licitações, estabelecendo regras aplicáveis a qualquer tipo de contratação, de acordo com práticas que se provaram mais eficientes em relação ao atual regramento da LGL. Em razão disso, o PL propõe a revogação da LGL, RDC, Lei do Pregão e seu respectivo

68 Some-se a todo o exposto acima o Projeto de Lei n.º 1024/2020, recentemente apresentado pelo Poder Executivo para alterar a Lei nº 5.194, de 24 de dezembro de 1966, abrindo o exercício das profissões de engenheiro, arquiteto e engenheiro agrônomo para estrangeiros.

decreto regulamentador, em prol da sistematização das principais características identificadas como positivas nos procedimentos estabelecidos por cada uma dessas normas.

Para atualizar a disciplina jurídica das contratações, a nova lei traz algumas inovações importantes, dentre as quais destacamos:

- i. Inversão de fases como regra geral, devendo ser motivada a habilitação em momento anterior ao julgamento das propostas⁶⁹;
- ii. Possibilidade de utilização de orçamento sigiloso⁷⁰;
- iii. Obrigação de que o licitante vencedor implante, em até 6 meses, programa de integridade, no caso de contratações vultosas (i.e., acima de 200 milhões de reais)⁷¹;
- iv. Previsão de um agente de contratação, análogo à figura do pregoeiro, sendo possível o emprego de uma Comissão de Contratação para a licitação de bens e serviços especiais⁷²;

69 PL 1292/1995, art. 17, caput e §1º: “Art. 17. O processo de licitação observará as seguintes fases, em sequência: I – preparatória; II – de divulgação do edital de licitação; III – de apresentação de propostas e lances, quando for o caso; IV – de julgamento; V – de habilitação; VI – recursal; VII – de homologação. § 1º A fase referida no inciso V do caput deste artigo poderá, mediante ato motivado com explicitação dos benefícios decorrentes, anteceder as fases referidas nos incisos III e IV do caput deste artigo, expressamente previsto no edital de licitação”.

70 PL 1292/1995, art. 24: “Art. 24. Desde que justificado, o orçamento estimado da contratação poderá ter caráter sigiloso, e, nesse caso: I – o sigilo não prevalecerá para os órgãos de controle interno e externo; II – o orçamento será tornado público apenas e imediatamente após a fase de julgamento de propostas, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas”.

71 PL 1292/1995, art. 25, §4º: “Nas contratações de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, o edital deverá prever a obrigatoriedade de implantação de programa de integridade pelo licitante vencedor, no prazo de 6 (seis) meses, contado da celebração do contrato, conforme regulamento que disporá sobre as medidas a serem adotadas, a forma de comprovação e as penalidades pelo seu descumprimento”.

72 PL 1292/1995, art. 8º: “A licitação será conduzida por agente de contratação, pessoa designada pela autoridade competente, entre servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da Administração Pública, para tomar decisões, acompa-

v. Centralização das informações relativas a contratações públicas no Portal Nacional das Contratações Públicas (“PN-CP”)⁷³, no qual a divulgação é condição indispensável para a eficácia do contrato e seus aditamentos⁷⁴;

vi. Atualização dos valores para contratação direta, com dispensa de licitação, passando dos atuais 15 mil reais, no caso de obras e serviços de engenharia, e 8 mil reais, no caso de outros serviços e compras, para, respectivamente, 100 mil reais e 50 mil reais⁷⁵; e

vii. Exclusão do convite e da tomada de preços como modalidades de licitação, em detrimento da criação do diálogo competitivo. Nessa nova modalidade, em uma primeira fase, os licitantes, pré-selecionados com base em critérios objetivos, dialogam com a Administração Pública para sugerir, em sigilo, soluções ao que ela busca contratar e, na segunda etapa, a Administração divulga edital contendo a especificação da solução que melhor atende às suas necessidades e abre prazo para todos os licitantes apresentarem suas propostas⁷⁶.

nhar o trâmite da licitação, dar impulso ao procedimento licitatório e executar quaisquer outras atividades necessárias ao bom andamento da licitação”.

73 PL 1292/1995, art. 86: *“Para os fins desta Lei, os órgãos e entidades da Administração Pública deverão utilizar o sistema de registro cadastral unificado disponível no Portal Nacional de Contratações Públicas, para efeito de cadastro unificado de licitantes, na forma disposta em regulamento”.*

74 PL 1292/1995, art. 93: *“A divulgação no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) é condição indispensável para a eficácia do contrato e seus aditamentos e deverá ocorrer nos seguintes prazos, contados da data de sua assinatura: I – 20 (vinte) dias úteis, no caso de licitação; II – 10 (dez) dias úteis, no caso de contratação direta”.*

75 PL 1292/1995, art. 74: *“É dispensável a licitação: I – para contratação que envolva valores inferiores a R\$ 100.000,00 (cem mil reais), no caso de obras e serviços de engenharia ou de serviços de manutenção de veículos automotores; II – para contratação que envolva valores inferiores a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), no caso de outros serviços e compras;”.*

76 PL 1292, art. 6º, XLII: *“diálogo competitivo: modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos;”.*

Como se pode notar, o cerne do PL é a modernização do regime das contratações públicas, com base nas experiências positivas do RDC e do pregão. Isso justifica alterações como a definição da inversão de fases como regra geral, uso facultativo de orçamento sigiloso e previsão do agente de contratação. O projeto, no entanto, não se limitou à internalização dessas boas práticas como regra geral no procedimento de contratação pública, avançando também em outras iniciativas importantes, como a adoção do compliance em contratações vultosas, centralização das informações no PNCP e criação do diálogo competitivo – que, a despeito das críticas, busca modernizar a contratação de soluções inovadoras pela Administração.

Outro aspecto que também merece destaque é a mitigação do aspecto de “gincana” identificado no procedimento da LGL. Isso se deve muito à inversão de fases da licitação e à simplificação dos requisitos de habilitação⁷⁷, os quais, no regime jurídico vigente, são extremamente

77 A LGL apresenta um rol de documentos que deve ser obtido para a habilitação, do ponto de vista jurídico, para a demonstração de regularidade fiscal e trabalhista, para a qualificação técnica e para a qualificação econômico-financeira. O PL, por sua vez, é mais simples, descrevendo de forma mais genérica a forma de comprovação dos requisitos de habilitação.

A título de exemplo, vale notar que o PL prevê até mesmo a dispensa, total ou parcial, da apresentação dos documentos de habilitação nas contratações até 300 mil reais. Além disso, para a participação de empresas estrangeiras, o PL admite a apresentação de atestados e documentos emitidos por entidades estrangeiras, acompanhados de tradução para o português, deixando de lado a necessidade de autenticação pelos consulados, a tradução juramentada e a representação legal no Brasil (art. 34, §4º, LGL). PL 1292/1995, arts. 66, §4º, e 69: “Art. 66. § 4º Serão aceitos atestados ou outros documentos hábeis emitidos por entidades estrangeiras quando acompanhados de tradução para o português, salvo se comprovada a inidoneidade da entidade emissora. Art. 69. A documentação referida neste Capítulo poderá ser: I – apresentada em original, por cópia ou por qualquer outro meio expressamente admitido pela Administração; II – substituída por registro cadastral emitido por órgão ou entidade pública, desde que previsto no edital e que o registro tenha sido feito em obediência ao disposto nesta Lei; III – dispensada, total ou parcialmente, nas contratações para entrega imediata, nas contratações em valores inferiores a 1/4 (um quarto) do limite para dispensa de licitação para compras em geral e nas contratações de produto para pesquisa e desenvolvimento até o valor de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais). Parágrafo único. As empresas estrangeiras que não funcionem no País deverão apresentar documentos equivalentes, na forma de regulamento emitido pelo Poder Executivo federal.”.

burocráticos e específicos, gerando frequentemente a desclassificação de licitantes aptos a participar do certame, mas que não tem conhecimento de seu formalismo, em prejuízo da seleção da proposta mais vantajosa.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Conforme exposto ao longo do presente artigo, a legislação brasileira de licitações e contratos administrativos vem passando por intensas mudanças nos últimos anos, o que levou a substancial alteração no regime jurídico estabelecido na LGL, em grande medida superando a legislação formalmente vigente.

De fato, com o advento de diversas novas modalidades e procedimentos licitatórios (como, por exemplo, o pregão e o RDC), as contratações públicas brasileiras já são bem diferentes da originalmente projetada pelo legislador, o que fez com que o Congresso Nacional venha se empenhando, nos últimos anos, na aprovação de uma nova lei para regulamentar, de forma mais moderna, o regime jurídico de contratação pela Administração Pública.

Some-se a isso a intenção do governo brasileiro de ingressar no GPA, tratado internacional no âmbito da OMC, que já vem acarretando relevantes alterações nas regras atualmente existentes, especialmente na flexibilização para a participação de empresas estrangeiras nas licitações brasileiras.

6. REFERÊNCIAS.

ARAÚJO JÚNIOR, Ignácio Tavares. Uma análise dos custos e benefícios da entrada do Brasil no Acordo de Compras Governamentais da Organização Mundial do Comércio. Brasília: Ipea, 2019. (Texto para Discussão, n.º 2450).

MONASSA, Clarissa Chagas Sanches e LEONELLI, Aubrey de Oliveira. É interessante para o Brasil aderir ao acordo sobre compras governamentais da OMC? *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 10, n. 1, 2013 p. 72-84.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva e ADAMI, Mateus Piva.
Mercado de obras públicas, corrupção e investimentos. JOTA,
02 mar. 2018.

ROSILHO, André Janjácomo. As licitações segundo a Lei 8.666:
um jogo de dados viciados. São Paulo: Fundação Getúlio Var-
gas, 2011. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4938132/mod_resource/content/1/20120312%20-%20As%20licitações%20segundo%20a%20Lei%208666_um%20jogo%20de%20dad...%20%282%29.pdf. Acesso em: 02 abr.
2020.

A DIVISÃO DOS PODERES NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1824 - UMA ANÁLISE ACERCA DA ORGANIZAÇÃO POLÍTICA DO BRASIL NO SÉCULO XIX

Henrique Reis Calazans

1. INTRODUÇÃO

Depois de proclamada a independência do Brasil, começou o momento crucial onde o país teria a oportunidade para se construir e criar suas próprias instituições públicas. Para isso, o país teria que passar por um processo que envolveria a guerra de independência nos campos de batalha e o processo de organização e construção da nação ocorrida nos bastidores e nos debates do seio político.

Ao nascer o Estado Brasileiro, o qual se declarou independente em 1822, apenas foi assim reconhecido por Portugal em 1825. Como ele seria formado, por quais princípios devia se orientar, como se daria a divisão entre os poderes, tudo devia estar registrado na Magna Carta a fim de dar vida à nação e guiar as ações do Estado. Dentro desse contexto é essencial dar importância ao trabalho e ao contexto histórico que culminou com a criação da primeira Constituição Brasileira em 1824.

Um de seus principais fundamentos diz respeito aos valores basilares como liberdade, segurança individual e a propriedade nela inseridos. Apesar de ter nascido em tempos obscuros onde havia escravidão, instabilidade e tentativas constantes de secessão, seu conteúdo

não estava limitada apenas ao contexto da época, uma vez que visava assegurar a proteção dos direitos civis discriminar fronteiras, poderes e assegurar liberdade de imprensa e de opinião. Sob esses princípios a Constituição de 1824 merece destaque, uma vez que foi a que mais perdurou no Brasil.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. A Teoria da Divisão dos Poderes

A temática da divisão de poderes possui origem nos ideais de pensadores antigos como Aristóteles, Locke e Montesquieu. O objetivo principal era criar uma estrutura política dentro de uma nação onde o poder do Estado seria limitado, bem como, as liberdades individuais seriam respeitadas. Essa temática foi adotada pelo constitucionalismo a partir do século XVIII, período conhecido por constantes sublevações populares contra o poder absoluto dos Estados.

Não obstante, essa teoria da divisão dos poderes ganhou força com Montesquieu em sua obra *O Espírito das Leis* em 1748. Seu principal objetivo, como dito anteriormente, era enfraquecer o poder do Estado em virtude e assegurar as liberdades gerais. Essa concepção foi muito abarcada durante o período nos séculos posteriores, uma vez que a história provou várias revoluções sentido de limitar ou abolir o poder absoluto dos monarcas da época. De acordo com as lições do filósofo as atribuições de cada uma das funções do Estado poderiam se resumir seguinte forma:

[...] ao lado do poder legislativo coloca um poder executivo ‘ das coisas que dependem do direito das gentes’ e outro poder executivo ‘das coisas que dependem do direito civil’. Entretanto, ao explicar com mais minúcias as atribuições deste último, diz que por ele o Estado “pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos”. E acrescenta: “chamaremos a este último o poder de julgar e, o outro, simplesmente, o poder Executivo do Estado. [...] Assim, as leis elaboradas pelo legislativo, deveriam ser cumpridas pelos indivíduos, e só haveria

interferência do executivo para punir quem não as cumprisse”. (Dallari, 2016, p.216)

Por essa linha de interpretação, essa temática da separação dos poderes foi abarcada pela nova conjuntura dos Estados nos séculos vindouros⁷⁸ e principalmente pelo constitucionalismo, o qual também trouxe a construção do sistema de freios e contrapesos, onde cada poder teria funções específicas. Dentro disso, vale ressaltar que caberia ao Poder Judiciário atuar para fiscalizar e obrigar o executivo e legislativo a permanecerem dentro do seio de suas funções específicas. Em complemento, vale dizer que essa estrutura passou por mudanças ao longo do tempo a fim de aumentar a eficiência do Estado no sentido de coligar com os princípios democráticos, porém, a separação harmônica se mantém.

2.2. Panorama histórico

É impossível separar um texto constitucional do contexto na história ao qual lhe deu origem. Fica claro que toda Constituição, sendo fruto de um processo histórico, guarda raízes a respeito dos acontecimentos e referências de época. No caso da Constituição Imperial de 1824, encontra-se conexão com a independência do Brasil, a qual foi travada tanto nos campos de batalha quanto nos bastidores políticos, onde teve participação de homens e mulheres nesse processo.

Em resumo, Dom Pedro I, no final de 1821, havia recebido ordens para regressar a Portugal, de modo que as Cortes estavam a lapidar seus poderes como regente, além de revogar conquistas alcançadas pelos brasileiros no período joanino. Nesse contexto, segundo Laurentino Gomes (2015), houve um abaixo-assinado com mais de oito mil assinaturas com o pedido que o príncipe ficasse no Brasil⁷⁹, além de ter sido alertado por Bonifácio que rios de sangue correriam no país com

78 Exemplo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão na França em 1789, onde afirmava: “Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.” (artigo 16).

79 Segundo o historiador, era um número espantoso para a época, uma vez que a cidade do Rio de Janeiro na época tinha uma população de apenas 120 mil habitantes (1822, Gomes, p.91).

sua ausência (LUSTOSA, 2006). Nesse ínterim, os principais eventos nesse processo em 1822 foram: o Dia do Fico, ocorrido no mês de janeiro, o grito da independência em 7 de setembro e a coroação de D. Pedro em 1º de dezembro.

Ao longo desse processo, não se poderia olvidar a respeito da convocação da Assembleia Constituinte a fim de organizar a primeira Constituição brasileira. Tal feito foi proposto por Joaquim Gonçalves Ledo, um dos articuladores da Independência, e acatado por Pedro I. De acordo com Laurentino Gomes (2015, p.209), a convocação da Assembleia ocorreu em junho de 1822, mas só se instalou de fato em maio de 1823, porém foi dissolvida seis meses depois. Nesse contexto, havia a participação de grupos democratas e liberais moderados, além de outros grupos favoráveis à república, ao federalismo, como também, embate entre abolicionistas e escravagistas.

Durante as reuniões da Assembleia, pairavam muitas incertezas a respeito do que viria a ser esse novo Brasil. Nos dizeres do historiador britânico Brian Vale (*apud*. GOMES, Laurentino, 2015, p.208): “o império era novo e frágil, [...] sob o clima de euforia pela vitória, resistiam tensões políticas e um incipiente republicanismo”. Sob esse mesmo contexto, o país teria de enfrentar duas guerras, uma externa, nos campos de batalha resultante do conflito de interesses entre portugueses e brasileiros e a outra interna, tendo em vista os diversos ideais de grupos sobre qual maneira o Estado devia ser estruturado quais rumos a política ia tomar.

A partir disso, o projeto elaborado pela primeira constituinte caminhava de forma vagarosa, em diversos momentos os projetos que eram debatidos, podiam ser arquivados e serem colocados voga novamente. Vale ressaltar que a grande maioria dos deputados convocados não comparecia. Além disso, o documento foi apelidado de Constituição da Mandioca, em virtude de haver uma proposição que colocava como requisito para ser Deputado ou Senador aquele que tivesse renda líquida mensal equivalente 100, 250, 550 ou 1000 alqueires de farinha de mandioca⁸⁰. Por isso a anedota assim denominada pelo povo. Houve debates sobre os governos provinciais, naturalização dos portugueses,

80 Deiró. Pedro Eunápio da Silva. Fragmentos de estudos da história da Assembleia Constituinte do Brasil. 2006, p.12.

liberdade de imprensa e até elevação de vilas à categoria de cidade ou de povoações a vilas. De acordo com isso, pode-se dizer:

Eis aí a suma dos objetos de que a Assembleia Constituinte se atarefou durante os longos meses de suas estéreis sessões. Vemos que ela realmente não compreendia as grandes necessidades do País, as quais reclamavam pronta satisfação.

A não ser o projeto sobre o estabelecimento das Universidades, de Fernandes Pinheiro, representante rio-grandense, tudo mais é vulgar e demonstra a incapacidade da Constituinte para satisfazer as necessidades de um povo que desejava constituir-se com os meios de entrar e prosseguir na senda das nações cultas sob o influxo do século, que prometia felicitar os povos com os benefícios da civilização moderna. (Deiró, 2006, p.201)

Após a dissolução da Assembleia em novembro de 1823, foi necessária uma nova organização para elaborar a Carta Magna. Na esteira desse processo, D. Pedro criou um Conselho de Estado para redigir a primeira Constituição brasileira. De acordo com as lições de Christian Lynch (2014, p.49), a nova concepção institucional da Magna Carta encontrou amparo no anteprojeto de José Joaquim Carneiro de Campos, o Marquês de Caravelas, o qual acreditava na possibilidade de combinação entre autoridade e liberdade a fim de estabelecer ordem à nação. Além disso, na correta observação do autor:

O projeto de Caravelas exprimia perfeitamente o pensamento que expusera quando deputado constituinte, acerca da necessidade de conciliar as extensas garantias de direitos e a divisão de poderes que deveriam ser consagrados pela Carta, com um governo nacional fortalecido, cujo resultado seria uma “monarquia sem despotismo e liberdade sem anarquia” (Lynch, 2014, p.50).

Nesse aspecto, o novo anteprojeto foi enviado às câmaras e vilas brasileiras, sendo aceita por mais da metade dos municípios da época (REZUTTI, 2015). Após pouco tempo, o Conselho concluiu a Carta, sendo que o Imperador a aprovou e entrou em vigor na data de

25 de março de 1824. É importante pontuar que ela permaneceu em vigor por 67 anos e teve apenas uma emenda, sendo interrompida pelo golpe republicano de 1889⁸¹. Consagrou importantes avanços nos direitos sociais e fundamentais, tais como: liberdade de culto⁸², abolição de penas cruéis⁸³, consagração ao socorro público e instrução primária para todos⁸⁴; sufrágio restrito - voto censitário - e eleições indiretas⁸⁵. Tal fato não passou despercebido pelo historiador Neill Macaulay (*apud*. L. GOMES, Laurentino, 2015, p.217), o qual afirmou que “embora tivesse imperfeições, era a melhor entre as de todos os países do hemisfério ocidental, com exceção dos Estados Unidos”.

Sob o mesmo ponto de vista, talvez não fosse ocioso verificar seu enquadramento como Constituição moderna ao elencar direitos fundamentais e sociais, bem como, ao se basear nos princípios liberais, onde se destinava a traçar um Brasil próspero, livre e inclusivo. Tal fato não passou despercebido pelo professor David F. L. Gomes (2019, p.175), o qual sustenta:

[...] uma Constituição moderna é um documento escrito, datado e assinado por um ente soberano no exercício de um poder constituinte originário, documento esse que é dotado do caráter de supralegalidade, que estabelece um rol de direitos fundamentais e a organização da separação dos poderes estatais e cujo referencial temporal de legitimidade reside em sua abertura ao futuro; [...].

81 A opção para a utilização desse termo diz respeito ao fato de a Proclamação da República ter seguido os passos para um golpe militar: o povo não teve participação; houve prisão, censura e exílio de opositores, foi deposto um governo constitucional sem nenhum tipo de processo legítimo.

82 Art. 179, §5º.

83 Art. 179, §18.

84 Art. 179, §§31 e 32 respectivamente.

85 É preciso salientar que para o contexto da época, era normal o paradigma dos direitos políticos no século XIX recepcionar o voto censitário. A renda exigida de 100 mil réis era baixa o suficiente para abarcar grande parte da população brasileira. Segundo José Murilo de Carvalho (2007) cerca de 50% da população na época tinha condições de comparecer às urnas.

Sob sua classificação, pode ser caracterizada da seguinte maneira: Ideologia liberal/conservadora; semirrígida⁸⁶; prolixa, possuía 179 artigos; Estado unitário⁸⁷, dividido em províncias; modelo de governo monárquico, hereditário, constitucional e representativo⁸⁸; o guardião da Constituição era o Poder Legislativo⁸⁹; quanto à divisão dos poderes adotou-se o modelo quadripartite, onde elenca o Poder Legislativo, Poder Executivo, Poder Judiciário e o Poder Moderador, sendo este exercido pelo Imperador. Este será o tema a ser desenvolvido nos próximos tópicos.

2.3. A Organização Política no Brasil Império

A divisão entre os poderes do Estado brasileiro ficou organizada no título 3º da Carta Imperial, onde também trata da Representação Nacional, sendo neste caso um importante traço da soberania do país, exercido pelo Imperador e pela Assembleia Geral. O principal ponto de interesse aqui em análise está centrado nos dois primeiros dispositivos desse assunto. Convém ressaltar Carta de 1824 menciona que os Quatro Poderes são Delegações da Nação, de forma que cada um possa atuar de forma separada, harmônica e independente⁹⁰.

Evidentemente, adotada esse ponto de vista, faz-se necessário passar à análise da divisão dos poderes e sistema político do Brasil na Era Imperial. No mesmo sentido, a Constituição de 1824 enumera:

Art. 9. A Divisão, e harmonia dos Poderes Politicos é o principio conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais

86 Art. 178: “É só constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivas dos Poderes políticos, e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos. Tudo o que não é constitucional pode ser alterado sem as formalidades referidas, pelas legislaturas ordinárias.”

87 O Estado unitário é aquele que possui “um poder central que é a cúpula e o núcleo do poder político autônomo” (Dallari, 2016, p.250). Vale ressaltar houve mudanças com o Ato Adicional de 1834, sendo chamado por alguns estudiosos de semifederalismo.

88 Art. 3º

89 Art. 15, §9º

90 Arts. 11 e 12 respectivamente

seguro meio de fazer effectivas as garantias, que a Constituição offerece.

Art. 10. Os Poderes Politicos reconhecidos pela Constituição do Imperio do Brazil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial. (BRASIL, Constituição de 1824).

Nesse aspecto, essa matéria se estende ao longo de todo o texto constitucional, desde o art. 9º até o art. 164, os quais delimitam as funções de cada um dos poderes, bem como suas responsabilidades e atribuições. Há também a previsão dos seguintes elementos: de um processo legislativo, dos Conselhos Gerais de Província, das eleições, das funções do Imperador e as regras de sucessão, além de prever um capítulo para o Conselho de Estado e para as Forças Militares.

A partir desse ponto de partida, a fim de trazer uma elucidação sobre as funções básicas do Estado Imperial brasileiro e deixar o tema delimitado, faz-se mister uma análise dentro da divisão quadripartite dos Poderes.

2.3.1 Poder Legislativo

Dentre os 179 artigos dentro da Constituição, 88 estão dirigidos ao Poder Legislativo, os quais fixam as funções tanto da Câmara dos Deputados quanto do Senado. Dentro dessa configuração, o poder estava delegado à Assembleia Geral, cujo funcionamento se daria “com a sanção do Imperador” (art. 13 *in fine*). Além da função típica em criar, interpretar, suspender ou revogar as leis, tinha, no art. 14, um rol de dezessete atribuições à Casa. Dentro desse tema, Octaciano Nogueira (2012, p.43), em feliz síntese, afirma:

A representação política brasileira na Carta de 1824 [...] era dividida em duas Câmaras: a dos Deputados, temporária e eletiva, e a dos Senadores, igualmente eletiva, mas vitalícia. A escolha dos Senadores se operava tal como a dos Deputados, por meio de sufrágio censitário, em dois graus, escolhendo os eleitores de paróquia os de província e estes os Deputados e Senadores.

Ao contrário do que ocorria com a dos Deputados, porém, a eleição dos Senadores, segundo o art. 43, era feita “em listas tríplices, sobre as quais o Imperador escolherá o terço na totalidade da lista”.

Nesse aspecto, a Carta trazia como função à Câmara dos Deputados a competência privativa de legislar temas relativos a impostos, recrutamentos, escolha de uma nova dinastia caso a imperante fosse extinta, além de discutir temas como propostas que fossem apresentadas pelo Poder Executivo e acusações dos ministros e conselheiros de Estado (BRASIL, Constituição de 1824, arts. 36– 38).

O Senado detinha como função exclusiva, conhecer os delitos cometidos por membros da família imperial, dos ministros e conselheiros de estado, assim como dos próprios senadores e deputados no momento da legislatura vigente. Também detinham como dever convocar a Assembleia na hipótese de o Imperador não ter feito em tempo determinado de dois meses previsto na Constituição⁹¹. (BRASIL, Constituição de 1824, art. 47). Doutra parte, vale lembrar sobre a previsão de se tratar de um cargo vitalício, cujo conteúdo não passou despercebido por Christian Cyril Lynch (2014, p.119), o qual preleciona: “Em 1824, a vitaliciedade do mandato e a nomeação pelo Imperador haviam sido pensadas como meios de afrouxar os laços dos senadores em relação às suas bases provinciais, ação necessária para formar uma elite política nacional autônoma, identificada com a monarquia”.

Dessa forma, pode-se notar que a constituinte tomou precauções para que a política nacional não ficasse inclinada para interesses de oligarquias locais, bem como, havia o objetivo de dar estabilidade diante da recente formação do Estado e da sociedade nacional, a qual detinha interesses difusos face à construção de um Brasil independente. Assim, sob o mesmo ponto de vista, vale mencionar:

A sociedade tem dois grandes interesses sempre em ação: o da conservação dos bens que goza e o do progresso; tem também sempre em movimento os interesses das localidades e o inte-

91 Segundo o art.102,§1º, o Imperador, como chefe do executivo devia convocar a Assembleia geral em todo dia 03 de junho no terceiro ano da legislatura vigente.

resse geral. A Câmara dos Deputados é a representação ativa do progresso, dos interesses e móveis; o Senado é o outro órgão, outro ramo essencial do poder legislativo que, sem opor-se àquela representação, quando suas vistas forem bem fundadas, deve fora disso ser o representante das idéias conservadoras e do interesse geral, como predominante (Pimenta Bueno *apud*. Nogueira, 2012, p.44)

Evidentemente, adotada esse ponto de vista, a Carta Imperial de 1824 trouxe significativa contribuição na formação do legislativo brasileiro, sendo que a composição bicameral foi mantida nas próximas constituições que o Brasil teve ao longo do tempo, sendo que a vitaliciedade ao cargo de Senador só foi abolida com a Primeira Constituição republicana, onde cada um teria o mandato de nove anos⁹².

2.3.2 Poder Executivo e a Função do Imperador

O Executivo é aquele que tem chamado mais a atenção, principalmente por se tratar da função estatal dirigida em governar e administrar a nação em prol dos interesses públicos. No caso do período monárquico brasileiro, a Magna Carta possui a previsão que cabia ao Imperador ser o chefe do Executivo, sendo exercido por meio de seus ministros de Estado. Nesse parâmetro, Assim centralizou diversas funções na pessoa do monarca.

Cabe também salientar que esse paradigma passou por uma mudança radical com a criação do cargo de Presidente do Conselho de Ministros em 1847, designado por D. Pedro II, o qual visava reduzir o desgaste da figura do Imperador frente ao âmbito político. Dessa maneira, o ele apenas teria que indicar alguém para presidir o conselho, e este ficava incumbido de nomear o ministério. Caso se verificasse alguma incongruência dentro da política daquele governo, o Imperador poderia dissolver o ministério e dar lugar a outro grupo. Dissertando a respeito do assunto, o historiador José Murilo de Carvalho (2007, p.47) preleciona:

92 Art. 31 da Constituição de 1891.

Novo avanço institucional se deu em 1847, quando foi criada a presidência do Conselho de Ministros. Embora a Constituição de 1824 não fosse parlamentarista, houve, ao longo do Império, pressão constante no sentido de adotar a prática parlamentarista segundo o modelo inglês. Um elemento relevante dessa prática era a figura do presidente do Conselho de Ministros, também chamado de primeiro-ministro. [...] A partir daí, o imperador passou a discutir a constituição dos ministérios com os presidentes do Conselho e a dirigir-se a eles preferencialmente para tratar assuntos de governo.

A partir desse pressuposto, pode-se notar que o primeiro-ministro concentrava funções relativas a chefe de governo, ou seja, atribuições que concentram tarefas de gabinete, liderança, políticas públicas, econômicas e sociais. Ao mesmo tempo, noutro aspecto, haveria funções a serem realizadas pelo chefe de Estado, como questões que envolvessem diplomacia, justiça e defesa. Assim faz-se necessário fazer uma análise acerca disso dentro do texto constitucional.

Conforme demonstra a Carta de 1824, segundo o art. 102, havia como principais responsabilidades do cargo a prerrogativa em nomear bispos⁹³, magistrados, embaixadores e outros agentes diplomáticos e comerciais, comandantes das forças de terra e mar, compreendidas como o exército e a marinha.

Havia também conforme o mesmo dispositivo supracitado, a incumbência em prover empregos civis e políticos; realizar tratados e negociações com nações estrangeiras, declarar guerra e fazer paz; conceder carta de naturalização na forma da lei; conceder títulos, honras e ordens militares àqueles que tivessem prestado excelentes serviços em prol da pátria; expedir decretos e regulamentos; decretar a aplicação de rendimentos destinados pela Assembleia aos vários ramos da administração pública; prover a segurança interna e externa do Brasil na forma da Constituição.

93 Isso fator decorria do fato de o catolicismo ser a religião oficial do Estado (art. 5º), principalmente também porque a população era predominante católica na época.

2.3.3. O Poder Moderador no Brasil Império

Esse instituto está inserido nos arts. 98 a 101 da Carta Imperial e diz respeito a uma das principais funções do monarca, o qual servira atuar como árbitro político. Assim no *caput* do primeiro dispositivo, o Conselho de Estado nomeado por Pedro I inseriu esse instituto da seguinte forma:

Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Politicos. (BRASIL, Constituição de 1824).

O principal objetivo desse instituto era servir como um mediador, ou seja, um poder neutro, capaz de resolver eventuais conflitos entre os outros três poderes⁹⁴. Fica claro que esse feito tem sido alvo de polêmicas e, por vezes, recebido por críticas dentre os estudiosos. Várias obras o classificam como interventor, parcela do absolutismo ou invenção de Dom Pedro I⁹⁵.

Como se pode por bem exemplificar: “Não satisfeito com tanta concentração de mando, D. Pedro I criou mais um poder, o quarto: O Poder Moderador, que era ‘delegado privativamente ao imperador como chefe supremo da nação’” (Villa, 2011, p.11); Também vale destacar: “Apesar de [...] adotar a figura do Poder Moderador (arts. 98 a 101) resquíio absolutista, a ‘Carta’ imperial de 1824 tinha traços libe-

94 Conforme as lições de L. Gomes (2015,p.218): “entre as atribuições do imperador estavam a faculdade de nomear e demitir livremente os ministros, dissolver a Câmara dos Deputados e convocar novas eleições parlamentares”.

95 Importante mencionar que esse Poder não esteve presente só na Constituição Brasileira de 1824. Possui previsão também em outras Constituições de forma implícita ou explícita, para melhores informações, ver art. 11 da Carta Constitucional Portuguesa de 1826; Ver § 14 da Parte II e § 32 da Parte IV da atual Constituição da Dinamarca; Ver Art. 12 e 22 da atual Constituição da Noruega; Ver Art. 62 da atual Constituição da Espanha; Sobre a dissolução de Congresso, ver art. 134 da Constituição Peruana.

rais expressos, sobretudo na declaração de direitos individuais contida no seu art.179.” (Neves, 2007 *apud*. David Gomes, 2019, p.30)

Entretanto, diferentemente desses discursos, é preciso afirmar que essas considerações não merecem prosperar, bem como, é necessário insistir em uma análise aprofundada a respeito dessa temática, bem como acerca de suas origens.

A teoria de um quarto poder dentro da tradicional divisão tripartite das funções dos Estados foi inspirada nas ideias de Henri-Benjamin Constant de Rebeque ao longo do século XIX. O autor apregoava uma teoria a respeito de um poder neutro, intermediário e regulador o qual cuidava de manter a ordem para que nenhum deles invadisse a esfera de outro. Nesse sentido, segundo afirma o jurista Carl Schmitt (2007, p.193), ao tratar a respeito da teoria do direito público em relação ao “poder neutro” elucida:

[...] este é sentido de um poder neutro, de um *pouvoir neutre et intermédiaire*, localizado não acima, mas, sim, ao lado dos outros poderes constitucionais, mas dotado de poderes e possibilidades de ação singulares. Caso não deva ocorrer um efeito secundário meramente acessório de outras atividades estatais, mas sim, devam ser organizadas uma instituição e uma instância especiais, cuja tarefa seja assegurar o funcionamento constitucional dos diversos poderes e salvaguardar a Constituição, então é conseqüente em um Estado de direito, onde há diferenciação dos poderes existentes, pois senão obteria apenas um sobrepeso perante os demais e poderia ele próprio se esquivar do controle.

Diante disso, pode-se constatar que a o monarca seria uma figura neutra e independente, ou seja, não ligado a nenhum partido, preferência política ou econômica, mas sim, podendo exercer suas funções como um procurador do governo e das oposições a fim de manter o sistema em ordem e solucionar conflitos.

Na prática, o imperador avocava o Poder Moderador para dissolver a Câmara dos Deputados e promover o rodízio entre os partidos quando um ou outros se mantinha muito tempo no poder. De acordo com José Murilo de Carvalho (2007), na ausência de eleições repre-

sentativas, restava a intervenção imperial com a finalidade de trazer certo equilíbrio aos partidos dentro desse sistema. Nessa ocasião, aqueles que se sentiam prejudicados reclamavam do ato, enquanto que por outro lado, haveria reclamações dentro da oposição se tal instituto não fosse utilizado⁹⁶.

Nesse contexto, não se poderia deixar de apontar que no seio social da época, os votantes estavam submetidos aos senhores de terra e também aos Oficiais da Guarda Nacional, os quais eram nomeados pelo Ministro do Império, fato esse que deixa claro como havia certa interferência governamental no âmbito das eleições. Esse círculo vicioso só foi corrigido em 1881 com a Lei Saraiva, a qual conseguiu, de fato, reduzir a influência do governo nas eleições.

2.3.4 Poder Judicial

Por fim, a Carta Imperial trouxe a previsão acerca do poder estatal judiciário, o qual é incumbido de aplicar e fiscalizar a lei. Em um título de apenas quatorze dispositivo (art. 151-164), a Constituição menciona tanto acerca poder em si quanto a respeito dos juízes e tribunais.

Denominada como poder Judicial na Carta, este era composto por juízes e jurados, pelas relações provinciais e o Supremo Tribunal de Justiça como a Suprema Corte. Além disso, havia também a previsão em se criar o cargo de juiz de paz. Nesse aspecto, no que tange ao funcionamento dos órgãos de justiça, vale citar:

O Judiciário funcionaria em duas instâncias, a primeira cabia ao juiz de direito, ao juiz de paz e ao Júri, que ficavam sob a jurisdição da Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça. Para a justiça de segunda instância a Constituição previu a criação de tribunais da Relação nas províncias em que se fizessem necessários e na Corte, onde funcionaria ainda o Supremo Tribunal de Justiça. A este tribunal competia conceder ou denegar re-

96 Tal imbróglio não passava despercebido pelo Imperador Dom Pedro II, o qual estava ciente que a inexistência de eleições livres culminava com a inexistência tanto de um sistema representativo quanto da própria monarquia. CARVALHO, D.Pedro II (2007), pp,182-188.

vistas nas causas; julgar os delitos e erros que cometessem os ministros, os empregados das Relações, do corpo diplomático, e os presidentes das províncias; bem como apreciar e decidir sobre os conflitos de jurisdição e competência das relações provinciais. (Cabral, Arquivo Nacional, ONLINE, 2020)

Admitido tal ponto de vista, seria importante mencionar sobre a questão da independência do judiciário, mencionada no início do art. 151, a qual foi um grande conquista dentro do sistema constitucional brasileiro. Entretanto, na prática isso não era completo, uma vez que o art. 153⁹⁷ trouxe aos juízes a garantia da vitaliciedade sendo que eles não dispunham da inamovibilidade da irredutibilidade de vencimentos. Para Octaciano Nogueira (2012), isso ocorria porque o interesse da administração era sobreposto às garantias ressalvadas em norma, uma vez que artigo posterior afirmava que o Imperador tinha a prerrogativa em suspender os magistrados por queixas feitas contra eles com após sua oitiva.

Outro ponto relevante diz respeito à disposição do art. 160, onde se previu a existência de as partes, em causas cíveis e penais intentadas civilmente, poderem nomear juízes árbitros, de modo que suas sentenças serão irrecorríveis e executadas conforme convencionarem as partes. Esse feito demonstra o uso da jurisdição voluntária como meio de solucionar os conflitos de modo célere e sem se sujeitos às intempéries do procedimento comum da época.

CONCLUSÃO

Diante do que foi exposto, a Constituição Brasileira de 1824 deu os primeiros traços à formação da nação brasileira, sendo bem sucedida em buscar a unidade territorial por meio de um Estado Unitário, aboliu penas cruéis e consagrou direitos sociais. Possuía princípios e caráter dirigente no sentido de levar o país a uma construção rumo ao futuro.

97 “Os Juizes de Direito serão perpetuos, o que todavia se não entende, que não possam ser mudados de uns para outros Logares pelo tempo, e maneira, que a Lei determinar.” (BRASIL, Constituição de 1824)

Foi a Carta Magna que mais durou no Brasil, sendo interrompida pelo golpe republicano de 1889, onde deu a forma de governo deu lugar a um governo de oligarquias, favorecimento à corrupção e retardo econômico, além de posteriormente dar trazer outras seis Cartas constitucionais subsequentes.

Atualmente seu texto original repousa no Arquivo Nacional do Rio de Janeiro, porém, seu conteúdo ainda é digno de atenção uma vez que em tempos de instabilidade e falta de clareza acerca dos objetivos como nação, uma observação histórica se faz premente para melhor visão em se construir um país com uma estrutura de paz e prosperidade.

ANEXO

Figura - Constituição de 1824



Fonte: Site do Senado⁹⁸

98 Acessado em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/01/23/senado-esta-recuperando-documentos-do-imperio>> acesso em 03 de abril de 2020.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRASIL. Constituição. (1824). Constituição Política do Império do Brasil. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm> Acesso em 1º de abril de 2020.
- CABRAL. Dilma. Constituição de 1824. Mapa - Arquivo Nacional, 2016. Disponível em: <<http://mapa.an.gov.br/index.php/menu-de-categorias-2/305-constituicao-de-1824>>. Acessado no dia 1º de abril de 2020.
- CARVALHO, José Murilo. Dom Pedro II. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos da teoria geral do Estado. 33 ed.. São Paulo: Saraiva, 2016.
- DEIRÓ. Pedro Eunápio da Silva. Fragmentos de estudos da história da Assembleia Constituinte do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2006
- GOMES, David F. L.. A Constituição de 1824 e o problema da modernidade – o conceito de constituição, a história constitucional brasileira e a teoria da constituição no Brasil. Editora D’Plácido, 2019.
- GOMES, Laurentino. 1822: como um homem sábio, uma princesa triste, e um escocês louco por dinheiro ajudaram dom Pedro a criar o Brasil – um país que tinha tudo para dar errado. 2. ed.. São Paulo: Globo, 2015.
- LUSTOSA, Isabel. D. Pedro I. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- LYNCH. Christian Edward Cyril. Da monarquia à oligarquia: história institucional e pensamento político brasileiro (1822-1930). 1. ed.. São Paulo: Alameda, 2014.

NOGUEIRA, Octaciano. 1824. 3^a ed.. Brasília: Senado Federal, 2012.

REZZUTTI, Paulo. Pedro : a história não contada. 1. ed. São Paulo : LeYa, 2015.

SCHMITT, Carl. O guardião da Constituição. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

VILLA, Marco Antônio. A História das Constituições Brasileiras: 200 anos de luta contra o arbítrio. São Paulo: LeYa: 2011.

PERSPECTIVAS E REFLEXÕES ACERCA DA INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DO NE BIS IN IDEM NA TUTELA AMBIENTAL

Bárbara Peixoto Nascimento Ferreira de Souza

1 INTRODUÇÃO

Constituindo verdadeiro marco histórico no contexto da ressignificação da tutela de proteção ao meio ambiente, a Conferência de Estocolmo, realizada no ano de 1972, acabou por definir novos parâmetros de ações e de condutas.

Nesse sentido, é possível constatar um movimento evolutivo e progressivo em escala mundial, com o claro objetivo de positivar e concretizar constitucionalmente a tutela ambiental, sobretudo com o advento das Constituições Sociais, a exemplo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Destarte, a proteção do meio ambiente alçada ao patamar constitucional como consequência do Constitucionalização do Direito Ambiental, fez surgir o chamado Estado Democrático Social de Direito Ambiental.

Assim, diante de tal proteção constitucional conferida ao meio ambiente pelo Constituinte de 1988, corroborada pela legislação infraconstitucional, indaga-se se, nesse contexto, a responsabilização pelo mesmo fato em esferas distintas configuraria ou não afronta ao princípio da vedação ao *bis in idem*, inserido no ordenamento jurídi-

co brasileiro na oportunidade da ratificação do Pacto de San José da Costa Rica.

Objetiva-se, principalmente, analisar e identificar os aspectos relacionados ao tema escolhido, contribuindo para a discussão acadêmica, tendo em vista as divergências doutrinárias e até jurisprudenciais observadas.

Ao optar pelo método dialético, o presente artigo pretende realizar uma pesquisa quali-quantitativa, através de documentação indireta, utilizando material bibliográfico e documental.

A referida pesquisa será do tipo bibliográfica, para chegar aos objetivos estabelecidos, com ênfase na doutrina e outras publicações relacionadas, utilizando ainda pesquisa documental, por meio de legislação correlata, pesquisas *on-line*, dentre outros.

2 A TUTELA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL ASSEGURADA CONSTITUCIONALMENTE E ASPECTOS DA RESPONSABILIZAÇÃO

Inicialmente, faz-se mister elucidar aspectos específicos relacionados ao desenvolvimento propriamente dito. SEN (2010) esclarece que o desenvolvimento pode ser visto como um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam.

Ainda segundo SEN (2010), os fins e os meios do desenvolvimento requerem exames e análises mais detalhadas para que se possa compreender de forma mais plena e ampla o verdadeiro processo de desenvolvimento.

Nesse sentido, é possível observar, nas últimas décadas, que a comunidade internacional tem demonstrado maior preocupação com a preservação ambiental. Assim, avanços significativos foram alcançados desde 1972, quando ocorreu a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, em Estocolmo.

A Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, a Rio/92, foi outro importante marco, pois, a partir da sua realização, a expressão “desenvolvimento sustentável” passou a ser consolidada e evidenciada a nível global.

Preleciona FREITAS (2012) que o princípio da sustentabilidade é princípio constitucional, possuindo eficácia direta e imediata.

Desse modo, impõe responsabilidade ao Estado e à coletividade para a concretização solidária do desenvolvimento em todas as suas acepções, para que seja socialmente inclusivo, durável, equânime, ambientalmente limpo, eficiente, ético e inovador, assegurando qualidade de vida e bem-estar a todas as gerações.

Demonstrando a sua inquietação com as questões ambientais, a nossa Constituição Federal de 1988 dedicou todo um capítulo ao meio ambiente (Capítulo VI), e dispõe em seu art. 225 que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que constitui-se bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida. Dessa sorte, impõe-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Embora não utilize explicitamente a expressão “desenvolvimento sustentável”, afirma MACHADO (2013) que a Carta Constitucional impõe ao Estado e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações, destacando, assim, a essência do princípio da sustentabilidade, implícito nesse dispositivo.

Considerado um direito de terceira dimensão, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado deve ser buscado pelo Estado, enquanto poder-dever, ao mesmo tempo em que deve contar com o compromisso da sociedade para a sua consecução.

Acerca da temática abordada, elucida GAVIÃO FILHO (2005) que, muito embora esteja inserido no âmbito dos direitos sociais, o direito ao meio ambiente pode, numa perspectiva de duas vertentes, ser configurado como um direito de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias. Assim sendo, o direito ao meio ambiente consubstancia verdadeira pretensão negativa ao exigir de todos, Estado e indivíduos, a abstenção de comportamentos lesivos e danosos ao ambiente. Por outro lado, na sua dimensão de direito social, revela verdadeira pretensão positiva do Estado visando a proteção e promoção de qualidade de vida.

O desenvolvimento sustentável, considerado o *prima principium* do Direito Ambiental, possui como pilar harmonização destas vertentes: crescimento econômico, preservação ambiental e equidade social.

Por outro lado, os danos, desastres e crimes ambientais têm ocorrido com frequência e os efeitos deixados são cada vez mais

extensos e permanentes, podendo se perpetuar para as gerações que ainda virão.

A Lei nº 6.938/1981 (Política Nacional do Meio Ambiente) trouxe em seu artigo 3º, inciso I, a definição de meio ambiente, entendido como o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.

No entanto, importante esclarecimento a respeito do conceito de meio ambiente é feito por DERANI (2008). Assevera a autora que esse conceito não se reduz a ar, água, terra. Do contrário, necessita ser compreendido como conjunto de todas as condições de existência humana, que influencia e integra o relacionamento entre os homens, sua saúde e seu desenvolvimento.

Nesse sentido, elucida STEFANELLO (2005) que o meio ambiente é o conjunto de condições da existência humana, compreendendo as relações do homem com a natureza em seus múltiplos aspectos: físico, químico, biológico e cultural, tendo sempre como referência central o ser humano.

É justamente nessa integração e interação de elementos naturais e culturais que precisam ser preservados e recuperados, que surge a concepção do meio ambiente como fundamental ao desenvolvimento das nações.

No entendimento de FIORILLO (2011), a nossa Constituição evidenciou a necessidade de orientar o ordenamento jurídico para a realidade vivenciada no século presente, em consonância com o estado atual da sociedade moderna e da tutela de direitos e interesses metaindividuais, de modo que o bem ambiental se constitui em um novo bem, de natureza difusa.

Ainda no que tange à preservação do meio ambiente, SPAREMBERGER E KOCH (2005) destacam três princípios de fundamental importância, a saber: da cooperação, do poluidor-pagador e da precaução. Tais princípios não pertencem exclusivamente ao Direito Ambiental, mas norteiam e balizam as políticas econômicas e ambientais de desenvolvimento e preservação.

A Carta Magna de 1988 também inovou com a redação do § 3º do art. 225 supramencionado, ao determinar que as condutas e ativi-

dades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, sejam pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Dessa sorte, previu expressamente que tanto as pessoas físicas como as pessoas jurídicas podem ser responsabilizadas na esfera criminal ou na esfera administrativa por práticas de atividades que lesionem o meio ambiente, independentemente da obrigação de reparar os danos.

A Lei de Crimes Ambientais, Lei nº 9.605/98, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, estabeleceu em seu art. 3º que as pessoas jurídicas serão responsabilizadas nas esferas administrativa, civil e penal, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício de sua entidade.

Insta ressaltar ainda que o parágrafo único do artigo supracitado determina que a responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato.

Por seu turno, a Lei nº 6.938/81, dispondo sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, define, em seu artigo 3º, IV, que se entende como poluidor a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental.

Tal definição é de extrema importância para o tema ora analisado, tendo em vista que a partir dela é possível perceber que o poluidor pode ser tanto pessoa jurídica quanto pessoa física.

Contudo, é evidente que tal princípio revela abstração de conteúdo, de modo que sua aplicação se torna bastante temerária, chegando inclusive a transferir o custo social advindo da poluição ao consumidor e ao contribuinte, bem como indenizações abaixo do razoável.

As lições de MACHADO (2013) são elucidativas nesse caso, destacando a importância de estender a criminalização de condutas para os entes jurídicos, pois, nas últimas décadas, a poluição, o desmatamento, a caça e a pesca predatórias deixaram de ser praticadas em pequena escala.

Ademais, importa ressaltar que o crime ambiental é principalmente corporativo e que a sanção do crime ambiental e a sanção da

infração administrativa relativas à pessoa jurídica guardam quase uma igualdade. Há, então, a necessidade de se trazer para o âmbito do processo penal a matéria ambiental que reside nas garantias funcionais dos aplicadores da sanção.

A ocorrência de um único dano ambiental pode ensejar a responsabilização do poluidor em três esferas distintas, mas, segundo SILVA (2002), independentes entre si: a administrativa, a civil e a penal.

Isto posto, convém esclarecer que as referidas esferas são autônomas, de modo que a apuração de um delito ambiental em uma, via de regra, não exclui a sua apuração em outra.

Entretanto, certas questões decididas na esfera penal não poderão ser analisadas em outros juízos, visto que a lei prevê a possibilidade de que a sentença, uma vez proferida no juízo criminal, repercuta nas demais.

3 DA GARANTIA DO NE BIS IN IDEM E SUA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

O Pacto de San José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, estabelece a vedação da dupla apenação pelo mesmo fato delituoso. Dessa forma, passou a ter *status* de direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro.

Contudo, observa-se que esse direito de não ser processado ou punido, mais de uma vez, com identidade de fatos e de motivos, ainda sofre mitigação pela dita independência entre as instâncias.

Recepcionado pelo Brasil através do Decreto nº 678/92, o referido Pacto é um dos mais importantes documentos históricos de proteção dos direitos humanos, reconhecendo que os direitos essenciais da pessoa humana decorrem de atributos da própria pessoa humana, justificando sua proteção internacional.

O surgimento do *ne bis in idem* remonta ao Direito Romano e ao Direito Grego, sendo observado também na *common law* inglesa, segundo apontamentos de SABOYA (2018).

A trilha histórica secular percorrida pela proibição do *bis in idem* foi marcada, sobretudo, pelos períodos pós-guerras, dotando-o de força emancipatória que o alçou ao patamar de direito fundamental.

Em resumo, a essência do *ne bis in idem* é a proibição do acúmulo de ações penais contra o mesmo indivíduo pelos mesmos fatos, bem como o acúmulo de qualificações jurídicas por uma só conduta e, ainda, o acúmulo de sanções.

Imprescindível destacar que a garantia do *ne bis in idem* prestigia a segurança jurídica, alcançada pela presunção de veracidade e pela estabilidade. Porém, ressalta-se que o princípio em análise não se esgota nos chamados limites preclusivos da coisa julgada.

Acerca da temática, elucida o professor VERVAELE (2013) que o princípio do *ne bis in idem* é um princípio geral de direito (criminal) em muitos ordenamentos jurídicos nacionais, às vezes até codificado como um direito constitucional, como a cláusula relativa a *ne bis in idem* (proibindo punição dupla - duplo risco) da Quinta Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América ou artigo 103 da Constituição Alemã. Historicamente, o princípio *ne bis in idem* se aplica apenas nacionalmente e é limitado à justiça criminal; isso significa impedir a aplicação a processos administrativos punitivos. Recentemente, alguns estados ampliaram o escopo para procedimentos punitivos e multas.⁹⁹ (tradução nossa)

Cumprir frisar que, para SABOYA (2018), o princípio do *ne bis in idem* é direito fundamental regulado a nacional e internacionalmente. Em consequência, ninguém pode ser processado ou condenado mais de uma vez pela mesma conduta, independentemente de o primeiro processo ou procedimento ter conduzido a uma condenação ou a uma absolvição.

Isto posto, destaca ainda SABOYA (2018) que tal direito fundamental informa todo o sistema sancionador estatal, de forma in-

99 VERVAELE, John A. E. **Ne Bis In Idem**: Towards a Transnational Constitutional Principle in the EU? Disponível em: <http://www.utrechtlawreview.org> | Volume 9, Issue 4 (September) 2013: The *ne bis in idem* principle is a general principle of (criminal) law in many national legal orders, sometimes even codified as a constitutional right such as the clause relating to *ne bis in idem* (prohibiting dual punishment – double jeopardy) of the Fifth Amendment of the Constitution of the United States of America or Article 103 of the German Constitution. Historically the *ne bis in idem* principle only applies nationally and is limited to criminal justice; this means precluding application to punitive administrative enforcement. Recently, some states have widened the scope to punitive proceedings and penalties.

tegrada, sob uma dupla vertente, a saber: de um lado, a interdição de natureza processual, proibitiva da renovação de processos, procedimentos ou julgamentos pelos mesmos fatos e fundamentos; por outro, consubstancia-se em interdição de direito material ou substancial, de modo que pela prática dos mesmos fatos, o sujeito não deveria ser apenado mais de uma vez com sanções de finalidades praticamente idênticas.

Nesse sentido, insta mencionar relevante julgado proferido no âmbito do Tribunal Regional da Federal da Primeira Região, na Apelação Criminal nº 0000714-51.2008.4.01.3900, publicado em 13 de fevereiro de 2015, acerca do tema que aqui se discute. Analisando a exploração de matéria prima pertencente à União sem autorização (argila), entendeu-se pela inexistência de conflito aparente de normas. No caso, vislumbrou-se concurso formal, a saber, crime contra a ordem econômica e crime ambiental. No entendimento do TRF1, os bens jurídicos eram distintos e, portanto, não haveria que falar em *bis in idem*.

Ressaltou o Tribunal que não há que se cogitar inconstitucionalidade do art. 3º da Lei nº 9.605/98, pois o próprio texto constitucional, no §3º de seu art. 225, regulamentado pelo dispositivo em tela, previu a responsabilidade penal das pessoas físicas e jurídicas por condutas ou atividades consideradas lesivas ao meio ambiente.

Destarte, segundo este entendimento, o art. 3º da Lei nº 9.605/98 não significaria *bis in idem*, tampouco imputaria dupla punição ao sócio culpado, pois o próprio §3º do art. 225 da Constituição Federal prevê a responsabilidade penal tanto da pessoa física quanto da jurídica. Aduziu que tal previsão foi devidamente regulamentada pela Lei nº 9.605/98, cujo parágrafo único do art. 3º expressamente determina que a responsabilidade da pessoa jurídica não exclui a da pessoa física autora, coautora ou partícipe do mesmo fato.

Assim, inexistiria conflito aparente de normas entre o delito tipificado no art. 55 da Lei nº 9.605/98, o qual dispõe sobre a proteção ao meio ambiente, e o crime descrito no art. 2º da Lei nº 8.176/91, que versa sobre a ordem econômica, porquanto os bens tutelados são distintos, ocorrendo, na verdade, concurso formal de crimes.

Em decisão proferida no Recurso Especial nº 1.132.682/RJ (2009/0062655-0), em 13 de dezembro de 2016, o Superior Tribunal

de Justiça acabou por permitir o *bis in idem* na esfera administrativa no que tange à infração ambiental.

Prolatando a referida decisão, o relator, Ministro Herman Benjamin determinou que a Petrobras teria de pagar uma multa no valor de R\$ 10 (dez) milhões ao município de Angra dos Reis (RJ), em razão do derramamento de óleo na Baía de Ilha Grande ocorrido em maio/2002, mesmo com a existência de multa prévia aplicada pela União, no valor de R\$ 150 (cento e cinquenta) mil reais.

Desse modo, entendeu o Superior Tribunal de Justiça que uma sanção imposta pelo Estados, pelos Municípios ou pelo Distrito Federal poderia substituir a multa imposta pela União em relação ao mesmo fato, porém, ao contrário, a multa imposta pela União não possibilitaria a imposição de uma nova multa por outro ente federativo, no caso, o Município.

Afirmou o Ministro Relator que os entes federativos possuem o poder-dever de exercer o controle e a fiscalização ambiental decorrente da Constituição Federal de 1988, bem como da legislação infraconstitucional, especificamente da Lei nº 6.938/81 – Lei da Política Nacional do Meio Ambiente e a Lei nº 9.605/98 – Lei dos Crime e Ilícitos Administrativos contra o Meio Ambiente, que fixam as normas gerais sobre a matéria em questão.

Ademais, aduziu que, embora passível de questionamento, no âmbito infraconstitucional ocorreu expressa e uniforme opção no sentido de que, no que tange ao mesmo fato, a sanção imposta pelos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios predominaria sobre a multa de natureza federal. Dessa forma, a multa paga à União não impossibilita a cobrança daquela aplicada pelo Município, não restando configurada a hipótese de bitributação, tendo em vista que a Constituição Federal impõe o dever de atuação conjunta e cooperativa dos Poderes Públicos na tutela ambiental.

Faz-se mister analisar aspectos extremamente relevantes da decisão trazida à baila. A consolidação desse entendimento leva à consequência prática de que qualquer infrator, seja ele pessoa física ou jurídica, poderá ser multado quantas vezes forem necessárias por diferentes esferas administrativas pelo mesmo fato.

Vê-se, nessa hipótese, a clara afronta ao princípio do *ne bis in idem* e também ao pacto federativo. Cumpre destacar que o exercício sobre-

posto e paralelo do chamado poder sancionador por órgãos ambientais diversos é legalmente vedado. Destarte, ressalta-se que o artigo 76 da Lei nº 9.605/98 determina que o pagamento de multa imposta pelos Estados, Municípios, Distrito Federal ou Territórios substitui a multa federal na mesma hipótese de incidência.

Por fim, resta evidente o entendimento de que a Carta Constitucional de 1988, preceituando que as condutas e atividades lesivas ao meio ambiente sujeitarão seus infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independente da obrigação de reparar os danos causados, acabou por consagrar a regra da cumulatividade das sanções, inserida no §3º de seu art. 225.

Nessa toada, destaca-se que as sanções administrativas, penais e civis protegeriam bens jurídicos distintos e estariam sujeitas a regimes diversos. Assim, conclui-se que nosso ordenamento jurídico não considera que a tríplice responsabilização afronte o princípio do *ne bis in idem*.

4 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, cumpre ressaltar a notória importância do fenômeno de Constitucionalização do Direito Ambiental, em decorrência dos anseios verificados à época, mormente após a realização da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, em Estocolmo, no ano 1972.

No que tange ao ordenamento jurídico brasileiro, constata-se que a Constituição Federal de 1988, seguindo o fluxo da comunidade internacional, preocupou-se com a problemática ambiental, dedicando todo um capítulo à sua tutela.

Destarte, acompanhando os ditames constitucionais, observa-se que toda a legislação infraconstitucional, desde então, passou a orientar-se nesse sentido, procurando trazer as punições correspondentes às infrações ambientais cometidas.

Acerca do princípio do *ne bis in idem*, insta frisar que um dos seus principais fundamentos reside na necessidade real de segurança jurídica, sobretudo como limitação do poder estatal, alicerçada no princípio da proporcionalidade.

Contudo, depreende-se da análise de importantes julgados dos Tribunais Superiores Pátrios que a Constituição Federal de 1988, ao determinar que as condutas e atividades lesivas ao meio ambiente sujeitarão seus infratores, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independente da obrigação de reparar os danos, possibilita que uma mesma pessoa seja responsabilizada pelo mesmo crime em mais de uma esfera, sem que isso se configure violação ao princípio do *ne bis in idem*.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 mar. 2020.
- BRASIL. **Lei Federal nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm. Acesso em: 25 mar. 2020.
- BRASIL. **Lei Federal nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Acesso em: 25 mar. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudência**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ>. Acesso em: 27 mar. 2020.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Jurisprudência**. Disponível em: <https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/trf1/index.xhtml>. Acesso em: 27 mar. 2020.
- DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 12 ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. **Direito fundamental ao ambiente**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SABOYA, Keity Mara Ferreira de Souza e. **Dimensões do princípio do ne bis in idem**. 2012. Disponível em: http://www.bdt.d.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=6436. Acesso em: 30 mar. 2020.

_____. **Ne bis in idem em tempos de multiplicidades de sanções e de Agências de controle punitivo**. *Jornal de Ciências Criminais*, São Paulo, vol. 1, n. 1, p. 71-92, jul.- dez. 2018.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes e KOCH, Márcio. **Direito Ambiental e a Poluição Industrial: O Papel dos Princípios para a Prevenção**. *Revista Direito em Debate*, Ano XIII, n. 24. Ijuí-RS. 2005.

STEFANELLO, Alaim Giovanni Fortes. **A responsabilidade da instituição financeira ao financiar empresas causadoras de danos ambientais**. *BDA – Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo, Editora: 2005.

VERVAELE, John A. E. **Ne Bis In Idem: Towards a Transnational Constitutional Principle in the EU?** Disponível em: <http://www.utrechtlawreview.org> | Volume 9, Issue 4 (September) 2013. Acesso em: 25 mar. 2020.

AS POLÍTICAS PÚBLICAS E O PAPEL DOS VALORES NA ADMINISTRAÇÃO: COMENTÁRIOS ACERCA DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NAS LICITAÇÕES

Artur Zanelatto Santos

Luciani Coimbra de Carvalho

INTRODUÇÃO¹⁰⁰

Este estudo busca posicionar as licitações no contexto estabelecido pela Constituição Federal de 1988, compreendendo os certames para além de seu viés instrumental. Para tanto, com norte no desenvolvimento sustentável, o recorte temático esmiúça aspectos pragmáticos das competições, para afirmar o processo licitatório como mecanismo capaz de fomentar o modelo de sociedade idealizado pelo constituinte pátrio.

A lição constitucional evidencia a importância das licitações. Assim mesmo, o Poder Público acaba por ser parte em inúmeros contratos, pois tanto a manutenção da máquina quanto o atingimento dos propósitos de interesse coletivo – a fim de satisfazer as necessidades sociais – demandam uma ampla e complexa gama de produtos e servi-

100 Este estudo foi redigido a partir do Capítulo III da monografia intitulada “As Licitações como Políticas Públicas de Desenvolvimento Sustentável”, desenvolvida como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS).

ços, erigindo o poder de compra da Administração a lugar de destaque e fomentando uma alteração na praxe administrativa.

O paradigma da seleção da proposta mais vantajosa, tradicionalmente conectado ao aspecto econômico, passa, então, a se preocupar com outros conceitos primordiais, ressaltando a necessidade de uma Administração eficiente e, sobretudo, responsável. Desse modo, tem-se em vista um *shift* para além do lugar-comum, ensejando a realização de valores e objetivos claros, como o desenvolvimento sustentável, positivado como objetivo intrínseco às licitações.

As compras públicas, nesse contexto, se deparam com a busca pelo interesse público primário, atento ao impacto das atividades humanas no globo e à primazia de uma sociedade equilibrada. Assim, superando o simplista aspecto ambiental, pressupõe-se uma ótica multifacetada de sustentabilidade, capaz de justificar o estudo dos certames sob o viés das políticas públicas.

Por fim, a metodologia deste estudo se pauta no método qualitativo, com objetivo exploratório e procedimentos bibliográficos-documentais. Ao se aplicar o raciocínio dedutivo formal e relacional à base teórica, conceitos são explorados e categorias são relacionadas, de modo a se estabelecer um crivo analítico que oriente reflexões críticas. Com isso, a abordagem de uma responsabilidade multifacetada sugere a existência de um campo axiológico vasto e que impõe um novo paradigma à disciplina administrativista, fazendo com que as licitações efetivamente sirvam ao desenvolvimento sustentável.

1. PANORAMA EVOLUTIVO DAS LICITAÇÕES NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A partir dos arts. 37, XXI, e 175 da Constituição Federal de 1988, constata-se que os processos licitatórios são, via de regra, obrigatórios. Nesse sentido, o atual diploma constitucional erige os certames a lugar de destaque, eis que traz em seu bojo “as licitações e os contratos, anteriormente abordados apenas pela legislação infraconstitucional” (ROSILHO, 2011, p. 66).

Em primeira análise, o conceito instrumental de contratação vincula a Administração a ritos específicos, cujos princípios e finalida-

des norteadores se voltam, ao menos em tese, à celebração de contratos eficientes e profícuos. Tal constatação deriva do fato de que a *res publica* deve remanescer protegida de arbítrios e decisões não condizentes com o atingimento das aspirações sociais, o que exige balizas claras (MELLO, 2016). Além disso, nota-se uma restrição à liberdade de escolha do gestor, já que, “por regra, o resultado final não decorre de critério decisório subjetivo. Vence a licitação a proposta que se configurar como a mais satisfatória segundo critérios objetivos” (JUSTEN FILHO, 2016, p. 336).

Quando se fala em licitação, a ideia da proposta mais vantajosa permeia o lugar-comum do conceito. Assim, ratifica-se a ideia de um procedimento administrativo, pautado na isonomia, cujos atos concatenados são disciplinados pela lei e por um ato prévio (JUSTEN FILHO, 2016), buscando plenas vantagens para a Administração. Todavia, as licitações se prestam a objetivos mais amplos que o trivial viabilizar de ajustes economicamente proveitosos, servindo ao “atendimento de outras finalidades públicas definidas no ordenamento jurídico constitucional” (GARCIA, 2018, p. 86).

O pensamento crítico construído por doutrinadores nacionais e estrangeiros influenciou a visão acerca dos certames, fazendo com que a própria norma recepcionasse evidente evolução em suas bases. Nesse ponto, a Lei nº. 12.349/2010 alterou o art. 3º da Lei nº. 8.666/1993 e conferiu ao processo licitatório uma nova finalidade intrínseca, aproximando seu viés instrumental do efetivo fomento ao pleno desenvolvimento da sociedade:

A promoção do desenvolvimento nacional sustentável passou a ser juntamente com a isonomia e a competitividade a tríade fundamental e valorativa de todo e qualquer processo de contratação pública. (GARCIA, 2018, p. 90).

Com isso, para Justen Filho (2016), o desenvolvimento nacional sustentável concebe os certames como sendo capazes de intervir em uma ampla gama de setores, efetivando objetivos mais complexos que apenas a contratação pública. Assim, o conjunto valorativo arraigado nas licitações alcança os princípios da disciplina e resvala em um ideal

pautado em resultados, realizando o interesse público e transcendendo os rótulos instrumentais.

2. POLÍTICAS PÚBLICAS E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: DO CONCEITO AO IMPACTO NAS LICITAÇÕES

A ideia basilar das políticas públicas se relaciona à ciência política, pressupondo um processo de tomada de decisões que expressa o conjunto de princípios e valores que norteia a sociedade. Assim, há, na acepção, um encadeamento de medidas e de conceitos estruturais, implicando um diálogo com o direito (BUCCI, 2002).

Diante de um processo decisório-representativo que se consubstancia em normas jurídicas, torna-se palpável a conexão interdisciplinar. Ademais, ao pressupor a primazia dos ditames constitucionais e a carga de valores intrínsecos aos objetivos idealizados para a sociedade, observa-se a vinculação de todo o sistema à realização dos direitos fundamentais, “o que vem demandando um aparato de garantias e medidas concretas do Estado que se alarga cada vez mais, de forma a disciplinar o processo social, criando modos de institucionalização das relações sociais” (BUCCI, 2006, p. 4).

Pode-se dizer, então, que o Estado-Administração está vinculado à realização dos direitos dos cidadãos, formando uma dimensão dialética. Por isso, o Poder Público não está restrito a um negativismo que afirme as liberdades dos cidadãos, devendo, ao contrário, intervir ativamente na dinâmica da sociedade, fomentando comportamentos e atuando com vistas a proporcionar mínimos sociais (BUCCI, 2006), previstos e delimitados na Constituição Federal de 1988.

Ciente da evolução do protótipo estatal e dos objetivos vislumbrados pela (e para a) sociedade, Bucci (2006, p. 39) afirma que

[p]olítica pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados [...] visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Como se observa, o Poder Público figura como agente intimamente ligado à realização de objetivos e direitos fundamentais. Todavia, mesmo que a acepção proposta por Bucci (2006) ainda possua um caráter abstrato, é possível perceber a materialização das políticas públicas em uma miríade de instrumentos, como programas públicos, peças de legislação, rotinas administrativas e contratos (SECCHI *apud* FONSECA e GOMES, 2017). Logo, as licitações se inserem em tal contexto, principalmente quando se compreende a carga principiológica e valorativa inserta nos certames.

Apesar de a tradição rezar que as competições devem buscar apenas vantagens técnicas e econômicas, outras vertentes de ação devem ser consideradas pela Administração (GARCIA, 2018). Com isso, se tornam mais complexas as preocupações insertas nas finalidades das contratações públicas, as quais, segundo Estorninho (*apud* GARCIA, 2018), passam a servir como verdadeiro instrumento de realização de políticas públicas, notadamente ambientais e sociais. Conectado a isso, a percepção do poder de compra estatal ratifica uma mudança na maneira com que as avenças são conduzidas, enaltecendo o interesse público primário, pautado na consecução de atividades finalísticas e na concretização de direitos.

Tais apontamentos, por sua vez, perpassam o complexo ideário de desenvolvimento criado pelo constituinte pátrio, cruzando com a constatação de que a sustentabilidade multifacetada se insere no modelo almejado para o Brasil¹⁰¹. Assim, destaca-se noção de desenvolvimento sustentável, que pode ser definido como aquele “que satisfaz as necessidades da geração presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras para satisfazer suas próprias necessidades” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS *apud* GAVAZZONI, 2014, p.

101 A ideia de desenvolvimento se origina da ânsia econômica e, após um longo processo de evolução, passa a congrega a preocupação com os indivíduos (viés social) e com os finitos recursos naturais existentes (viés ambiental). Assim mesmo, a Constituição Federal de 1988 propõe um extenso rol de valores, fundamentos, objetivos e direitos, o que dialoga com a sustentabilidade multidimensional. Apesar das inúmeras discussões sobre os pilares conceituais, o presente estudo aborda as dimensões econômica, social e ambiental, já reiteradas por Sarlet e Fensterseifer (2017) como integrantes de uma fórmula que reflete no paradigma tradicional de desenvolvimento sustentável.

40), assumindo uma indissociável interligação entre aspectos ambientais, econômicos e sociais.

Com isso, o desenvolvimento sustentável se notabiliza como objeto de políticas públicas, remetendo, inclusive, à praxe administrativa de contratação, pautada em certames licitatórios. Logo, torna-se necessário compilar as informações para definir proposições críticas e pragmáticas acerca do tema.

3. ASPECTOS PRAGMÁTICOS: O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NAS LICITAÇÕES

O desenvolvimento nacional sustentável pretendido pela Lei nº. 8.666/1993 se relaciona com os anseios típicos do projeto de nação vislumbrado pelo constituinte. Emery (2016) destaca, nesse sentido, a necessidade de a Administração se preocupar com aspectos intra e intergeracionais, tanto com o objeto imediato da avença (*i.e.*, o bem ou serviço em si) quanto com o objeto mediato do certame (*i.e.*, a sociedade).

3.1. Mecanismos de vedação à indignidade humana e de fomento à inclusão social

Emery (2016) destaca que as contratações devem se ater à legislação trabalhista, rechaçando produtos advindos de fornecedores que se pautem em mão de obra escrava, práticas discriminatórias ou trabalho infantil. Com isso, declarações – como a de *não infringência às leis de combate à discriminação e ao trabalho escravo* e, em especial, a de *inexistência de trabalho infantil*, que figura como um dos requisitos típicos da habilitação nos certames – são realçadas, já que suas bases provêm da tutela conferida por diversos comandos normativos, como os arts. 1º, III e IV, 7º, XXXIII, e 170 da Constituição Federal de 1988 e o art. 149 do Código Penal.

Ainda nesse sentido, os tratados recepcionados pela ordem jurídica nacional corroboram a adoção de medidas diligentes por parte da Administração, em especial no que se refere à prevenção e à repressão ao tráfico de pessoas, notadamente mulheres e crianças (BRASIL, 2004).

Por sua vez, a ótica internacionalista também expõe o compromisso republicano de “suprimir o emprego do trabalho forçado ou obrigatório sob todas as suas formas no mais curto prazo possível” (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1930, s.p.), conforme Convenções n.º. 29 e n.º. 105 da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Considerando a relevância constitucional do trabalho para a construção da sociedade, a Lei Federal n.º. 8.666/1993 já prevê a apresentação de documentos relativos à regularidade fiscal e trabalhista quando da habilitação dos interessados em pactuar com a Administração. Além disso, o Regime Diferenciado de Contratação (RDC) valoriza, nas planilhas de custos constantes das propostas oferecidas pelos licitantes, a mão de obra existente no local da execução, conforme se depreende do art. 4º, V, da Lei n.º. 12.462/2011, reforçando a presença do binômio responsabilidade–consciência nas contratações públicas.

Da mesma forma, outros compromissos se mesclam à possibilidade de as licitações serem, ao menos, mecanismos de políticas públicas. A título de exemplo, o Decreto n.º. 9.450/2018, ao regulamentar o art. 40, §5º, da Lei n.º. 8.666/1993, disciplina, no âmbito da Administração Pública Federal, estratégias capazes de ampliar e qualificar a oferta de vagas de trabalho, o empreendedorismo e a formação profissional das pessoas presas ou egressas do sistema prisional. Nesse sentido, a norma resvala nos requisitos de habilitação jurídica – dispostos no edital – e no contrato, exigindo a adição de declarações e obrigações expressas (BRASIL, 2018).

Logo, evidencia-se que os certames são capazes de fomentar a dignificação do trabalho, bem como promover a diminuição das desigualdades e o aumento das oportunidades, rechaçando práticas coibidas pelo ordenamento jurídico pátrio, para, enfim, concretizar o idealizado aspecto social da sustentabilidade.

3.2. Tratamento diferenciado a microempresas, empresas de pequeno porte, agricultores familiares, pequenos produtores rurais e cooperativas

Segundo o constituinte originário, os tipos societários de menor dimensão são cruciais para a consecução do desenvolvimento socioe-

conômico e do pleno emprego (GARCIA, 2018). Nesse sentido, o poder de compra do Estado pode ser utilizado para inserir microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações públicas, o que faz referência ao amplo conjunto valorativo que compõe a noção de sustentabilidade.

O panorama proposto pela Lei Complementar nº. 123/2006, influente sobre o processo licitatório, impacta a maneira como as propostas são julgadas e estabelece vastas modificações no sistema. Mello (2016), inclusive, expõe que a legislação incumbe as diferentes esferas de governo de incentivar a inovação e proporcionar desenvolvimento socioeconômico (nos âmbitos municipal e regional), propalando impactos positivos por meio do fomento ao crescimento de microempresas e empresas de pequeno porte.

Considerando a doutrina, o tratamento diferenciado às microempresas e às empresas de pequeno porte se associa ao princípio da legalidade que rege a Administração: para além da possibilidade, os arts. 42 a 45 da Lei Complementar nº. 123/2006 exigem total e imediata obediência por parte dos entes administrativos (SANTANA e GUIMARÃES, 2014, p. 26). Assim, o princípio da isonomia é concretizado ao diferenciar os tipos societários diminutos, já que deve ser observado o “postulado básico [de] tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais” (GARCIA, 2018, p. 101).

Previstas na Lei Complementar nº. 123/2006 e regulamentadas, em nível federal, pelo Decreto nº. 8.538/2015, as seguintes ideias, via de regra, devem ser observadas: (a) licitações exclusivas para microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações de itens de até oitenta mil reais; (b) cabimento de subcontratação de microempresas e empresas de pequeno porte nas aquisições de obras e serviços, bem como empenhos e pagamentos diretos a tais modalidades empresárias; e (c) cota de até 25% do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte quando de certames para aquisição de bens de natureza divisível (MELLO, 2016). Nesse sentido, a atenuação das desigualdades geográficas de mercado também se destaca, já que pode haver prioridade de ajuste com prestadores sediados local ou regionalmente, até o limite de 10% do melhor preço válido (GARCIA, 2018).

Ainda no que se refere às microempresas e às empresas de pequeno porte, a norma prevê um empate ficto entre licitantes de tais categorias e empreendimentos de outras modalidades. Em outras palavras, os arts. 44 e 45 da Lei Complementar nº. 123/2006 definem, em suma, que, “quando a oferta de empresa assim qualificada [como microempresa ou empresa de pequeno porte] for igual ou até 10% superior (5% no caso de preção), à mais bem-classificada, será considerada empatada com ela, sendo-lhe permitido reduzir seu preço abaixo do que havia sido proposto pelo melhor ofertante” (MELLO, 2016, p. 554), o que equipara os concorrentes e viabiliza a inserção de diferentes tipos societários nos certames.

Já os arts. 42 e 43 da Lei Complementar nº. 123/2006 trazem benefícios consideráveis no que se refere à habilitação de microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações, exigindo provas de regularidade fiscal e trabalhista apenas para efeito de assinatura do contrato. Ademais, caso sejam constatadas restrições documentais, há a concessão de um prazo (*i.e.*, cinco dias úteis) para sua regularização. Finalmente, existe “a possibilidade [de a] ME/EPP emitir cédula de crédito microempresarial, tendo como lastro o empenho do poder público, liquidado e não pago no prazo de 30 dias, podendo tal cédula ser negociada no mercado financeiro” (SANTANA e GUIMARÃES, 2014, p. 26).

Observados os postulados citados, não há frustração do caráter competitivo da demanda, eis que os mecanismos buscam tão somente a efetivação do princípio da igualdade e das vontades que norteiam os arts. 170, IX, e 179 da Constituição Federal de 1988, havendo aproximação do conceito de política pública. Com efeito, em vista da hipossuficiência marcante, é vital que microempresas e empresas de pequeno porte disponham de amparos legais (e, por certo, de medidas práticas) que assegurem sua perpetuação e sua expansão a partir do relacionamento contratual com o Poder Público. Por oportuno, em sintonia com tais disposições, o Decreto nº. 8.538/2015 estende o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado a agricultores familiares, produtores rurais – pessoas físicas –, microempreendedores individuais (MELLO, 2016) e sociedades cooperativas, possibilitando que indivíduos tipicamente afastados das compras públicas sejam inseridos no âmbito dos contratos travados com a Administração.

3.3. Margens de preferência para produtos manufaturados e serviços nacionais

A Lei nº. 12.349/2012 inseriu, na legislação de licitações e contratos administrativos, disposições que buscam privilegiar o mercado nacional. Para Garcia (2018, p. 107), o art. 3º, §§5º a 12, da Lei nº. 8.666/1993 se combina com o art. 218 da Constituição Federal e autoriza “a Administração Pública a privilegiar, em hipóteses de concorrência real, a aquisição de produtos e serviços nacionais mais caros que os ‘não nacionais’ em nome do desenvolvimento sustentável”.

Em breve análise do art. 3º, §5º, da Lei nº. 8.666/1993, vislumbra-se a possibilidade de ser concedida margem de preferência tanto para produtos manufaturados e serviços nacionais que atendam às normas técnicas do País quanto para “bens e serviços produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação” (BRASIL, 1993, s.p.). Dessa feita, o legislador conferiu zona de discricionariedade à Administração, uma vez que o comando não é, *per se*, imperativo, muito embora seja medida de rigor no aspecto dirigista da norma, viabilizando impactos de ordem econômica – ao estimular a indústria de bens e serviços pátrios – e social – ao tratar da inclusão, da acessibilidade e da geração de emprego.

Ainda nessa seara, segundo Mello (2016), as preferências expostas em benefício dos produtos manufaturados e dos serviços nacionais sobre as prestações estrangeiras devem ser estabelecidas com base no art. 3º, §6º, I a V, da Lei nº. 8.666/1993, implicando uma revisão periódica e a possibilidade de expansão a prestações oriundas do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL). Assim, outros valores são considerados no processo de contratação, como o acesso à renda, o desenvolvimento tecnológico do País e a efetiva geração de resultados (GARCIA, 2018).

Frise-se, *grosso modo*, que o termo “valor” se relaciona não apenas a um custo econômico, mas também a um juízo de importância, estimulando ações e, enfim, orientando as atividades humanas. Logo, as preferências delineadas no art. 3º, §5º, da Lei nº. 8.666/1993 evidenciam uma carga axiologicamente ampla, que se afasta do mero instru-

mentalismo aquisitivo relacionado à licitação, reiterando a função de estímulo aos anseios do texto constitucional.

Ao se unir às disposições já citadas, o art. 3º, §7º, da Lei nº. 8.666/1993 busca satisfazer as previsões do art. 218 da Constituição Federal de 1988, posto que em seu bojo está a concessão de limites preferenciais adicionais relativos ao desenvolvimento e à inovação tecnológica realizados no País (BRASIL, 1993). Todavia, objetivando um processo não excludente, foram fixadas balizas e restrições, como (a) a vedação de a soma das margens de preferências ultrapassarem os 25% sobre o preço dos produtos manufaturados e dos serviços estrangeiros e (b) a inaplicabilidade dos benefícios a bens e serviços cuja capacidade de produção ou prestação no País seja inferior à quantidade a ser adquirida ou contratada ou, quando for o caso, ao quantitativo fixado com fulcro no art. 23, §7º, da Lei nº. 8.666/1993 (BRASIL, 1993).

Mire-se, em tempo, que a redação dada pela Lei nº. 12.349/2010 ao art. 3º, §§6º a 9º, da Lei nº. 8.666/1993 atua como norma geral de licitação, sendo, por isso, de competência da União. Ademais, destacável seu caráter regulatório, eis que objetiva “assegurar a proteção da indústria nacional e o incentivo à pesquisa e ao desenvolvimento tecnológico em face de competidores estrangeiros” (GARCIA, 2018, p. 109).

Além das disposições apresentadas, o art. 3º, §11, da Lei nº. 8.666/1993 disciplina a possibilidade de os editais de licitação exigirem, justificadamente, que os contratados promovam medidas de compensação em favor de órgão ou entidade integrante da Administração ou de instituições indicadas a partir de processo isonômico (BRASIL, 1993). Garcia (2018), por sua vez, destaca que contratações de vultos e setores específicos podem demandar contraprestações que privilegiem o interesse nacional, o que usualmente se faz por meio da transferência de tecnologia para produção e/ou manutenção dos bens obtidos.

Complementarmente, o Decreto nº. 7.546/2011 regulamenta o disposto no art. 3º, §§5º a 12, da Lei nº. 8.666/1993 e institui a Comissão Interministerial de Compras Públicas (CI-CP), explicitando conceitos primordiais, margens de preferência e prioridades à indústria nacional. Ao analisar a ordem federal, Garcia (2018) clarifica que o interesse emanado do art. 3º, §11, da Lei nº. 8.666/1993 se consubstancia

como um requisito para a contratação, ensejando a desclassificação da proposta – caso o licitante se recuse a cumprir as medidas de compensação – ou as providências típicas do inadimplemento contratual – caso a parte não cumpra as medidas de compensação durante a execução da avença. Assim mesmo, o benefício adicional vislumbrado para a Administração (GARCIA, 2018) se consubstancia em práticas que facilitem “o fortalecimento da produção de bens, do desenvolvimento tecnológico ou da prestação de serviços, com a intenção de gerar benefícios de natureza industrial, tecnológica ou comercial concretizados” (BRASIL, 2011, s.p.), como coproduções, investimentos financeiros e outras contrapartidas.

Em adição a isso, associado às normas gerais de licitações e contratos, o teor do art. 3º da Lei nº. 8.248/1991 garante, nas aquisições de bens e serviços de informática e automação feitas pela Administração Pública Federal, preferência às prestações cuja tecnologia tenha sido desenvolvida no Brasil ou de acordo com o processo produtivo básico definido pelo Poder Executivo (MELLO, 2016). Ademais, no caso de sistemas estratégicos, há a previsão de licitações restritas, o que se une às ponderações do art. 3º, §2º, da Lei nº. 8.666/1993, que confere, em caso de empate, preferência a bens e serviços cuja produção se dê no Brasil ou remeta a empresas que fomentem o desenvolvimento nacional, atendam as regras de acessibilidade previstas na lei e/ou incluam pessoas com deficiência ou reabilitadas da Previdência Social (BRASIL, 1993).

O espectro criado pelo legislador confere inegável primazia a atividades que impactem positivamente o País e contribuam para a consecução de objetivos comuns à coletividade. Da mesma forma, normativas específicas, como a Lei do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), afirmam que, em projetos específicos e intrinsecamente conectados ao progresso do Brasil, produtos e serviços nacionais são passíveis de exclusividade no processo de contratação (MELLO, 2016), o que se alia às disposições generalistas da Lei nº. 8.666/1993 no sentido de garantir prioridade aos frutos da indústria pátria, impactando sobremaneira o binômio econômico-social e garantindo o desenvolvimento nacional sustentável.

3.4. Definição de critérios e práticas sustentáveis

Partindo das disposições dos arts. 225 e 170, VI, da Constituição Federal de 1988, a tutela do meio ambiente assume lugar de destaque no ideário constitucional. Nesse sentido, as ações da Administração – em especial, as contratações tidas como sustentáveis – podem refletir positivamente no fomento a aquisições que não deteriore o meio ambiente, o que se aproxima de uma função regulatória capaz de reordenar as relações de mercado, promovendo valores prezados pela sociedade (GARCIA, 2018).

Na legislação infraconstitucional, vários diplomas – como a Política Nacional sobre Mudança do Clima (Lei nº. 12.187/2009) e a Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei nº. 12.305/2010) – conferem preferência ou prioridade a propostas e padrões de consumo ambientalmente sustentáveis. Assim mesmo, a Lei nº. 12.462/2011 pressupõe inovações relacionadas à responsabilidade ambiental no Regime Diferenciado de Contratação (RDC) e, por fim, a Lei nº. 12.349/2010 consolida as incipientes iniciativas ao inserir novíssima finalidade no art. 3º da Lei nº. 8.666/1993.

No âmbito das ordens federais, o Decreto nº. 7.746/2012 se destaca por enumerar critérios, práticas e diretrizes gerais para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável nas contratações realizadas pela Administração Pública Federal. A título de exemplo, suas disposições abrangem o impacto sobre recursos naturais, a geração de empregos em âmbito local e a necessidade de elaboração de projetos básicos ou executivos que considerem “a economia da manutenção e operacionalização da edificação e a redução do consumo de energia e água, por meio de tecnologias, práticas e materiais que reduzam o impacto ambiental” (BRASIL, 2012, s.p.). Além disso, o diploma ratifica um dever de preservação ao ressaltar certificações, demandar planos de gestão de logística sustentável e criar a Comissão Interministerial de Sustentabilidade na Administração Pública (CISAP).

Diante disso, a evolução da norma – aliada à consolidação da governança nos entes governamentais – cria verdadeira obrigação relacionada ao desenvolvimento nacional sustentável, já que os gestores, de maneira motivada e razoável, devem proporcionar contratações justas,

adequadas e atentas a uma relação custo-benefício que transcende o meramente econômico. O Tribunal de Contas da União (TCU), nesse sentido, por intermédio do Acórdão nº. 1.056/2017-Plenário, exarado no âmbito de uma auditoria desenvolvida pela Secretaria de Controle Externo da Agricultura e do Meio Ambiente (SECEX Ambiental), se posicionou acerca do gerenciamento de recursos, destacando a importância de estratégias de planejamento e de controle. Por sua vez, Garcia (2018), ainda no contexto da gestão pública, complementa a análise e ressalta quatro espaços possíveis de delimitação da sustentabilidade nas licitações e nos contratos: (a) definição do objeto, (b) fase de habilitação, (c) julgamento das propostas e (d) obrigações do contratado.

Preliminarmente, a definição do objeto a partir de estudos técnicos sólidos, cujos critérios e exigências – tais como certificações ou comprovações referentes à qualidade do produto ou a seu processo produtivo – retem justificados a partir da razoabilidade, impacta a relação com os pretensos contratados. Nesse ponto, a Administração deve, ainda, considerar as especificidades setoriais da avença vislumbrada e promover amplo diálogo com a sociedade, já que “a efetiva concretização de uma política pública que promova o desenvolvimento sustentável depende de um planejamento anterior à própria realização das licitações” (GARCIA, 2018, p. 97).

Emery (2016) destaca, no mais, que as licitações, desde a elaboração de projetos básicos e termos de referência, devem incluir práticas capazes de tutelar a eficiência ambiental, diversificar o mercado e fomentar pequenos fornecedores. Aliás, o estímulo a determinados comportamentos também se evidencia na fase externa dos certames, em especial nos momentos de habilitação jurídica (*i.e.*, na exigência de autorizações de funcionamento para atividades específicas) e qualificação técnica (*i.e.*, no requisito de provas de atendimento de requisitos previstos em leis especiais), não sendo possível, todavia, extrapolar os róis da Lei nº. 8.666/1993 e/ou exigir certificações ambientais para fins habilitatórios (GARCIA, 2018).

Indo adiante, Garcia (2018) destaca a possibilidade de ser conferida, no julgamento de licitações dos tipos melhor técnica ou técnica e preço, preferência objetiva às propostas que garantam vantagens ao meio ambiente. Ademais, evidente a busca por inovação na maneira

com que os tópicos relativos à sustentabilidade são regidos pela norma, privilegiando a educação e o *compliance* ambiental, como no caso do Estado do Rio de Janeiro, que, ao editar o Decreto nº. 43.629/2012 (GARCIA, 2018), propôs, inclusive, um empate ficto da ordem de 3% para aqueles que se sobressaem nas ações de responsabilidade socioambiental.

Ao encerrar as possibilidades de aproximação entre o pilar ecológico do desenvolvimento sustentável e as licitações, as obrigações do contratado também devem dispor explicitamente a respeito dos parâmetros de proteção do meio ambiente, clarificando os deveres do prestador ao longo da execução contratual. Em adição a isso, sob a égide da Lei nº. 12.462/2011, frisa-se a inovação pautada na remuneração variável no Regime Diferenciado de Contratação (RDC), vinculada, por exemplo, a critérios de sustentabilidade ambiental (BRASIL, 2011).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A exegese da disciplina constitucional e da Lei nº. 8.666/1993 ratificou, por muito tempo, o lugar-comum dos certames enquanto meros instrumentos de contratação, consolidando um estigma de burocracia e excesso de formalismo. Todavia, a imersão da disciplina em um meio de evolução – tanto do pensamento administrativista quanto das exigências sociais – resultou em alterações sensíveis na forma com que as licitações são enfrentadas.

Com a edição da Lei nº. 12.349/2010, a Lei nº. 8.666/1993 passou a evidenciar o desenvolvimento nacional sustentável como objetivo inerente aos certames conduzidos pela Administração, equiparando-o aos nortes da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa. Assim, com a (des)construção de conceitos tradicionais a partir de uma abordagem axiologicamente mais ampla, é possível inserir os processos licitatórios na esfera das políticas públicas, eis que, em um contexto de afirmação e de expansão de direitos fundamentais, o Estado envereda pelo caminho da ação positiva destinada a atender a reclamos sociais, intimamente relacionados à coesão e à igualdade.

Logo, a Administração ratifica seu papel de agente concretizador do interesse público primário, refletido no amplo ideário construído

pelo constituinte, o que exige estratégias e decisões coordenadas. Ademais, a plurifacetada responsabilidade intergeracional atua como elo capaz de subsidiar este estudo, que, sem esgotar o campo de reflexões possíveis, propôs considerações palpáveis acerca das licitações enquanto políticas públicas, expandindo os horizontes de um tema recorrente (mas pouco explorado) na atualidade.

Por isso, a relativização dos aspectos tradicionalmente perseguidos pelos certames, associada à adição de novas balizas, confirma que a Administração é capaz de viabilizar os diversos eixos do desenvolvimento nacional sustentável, destacando-se, como exemplos práticos de atuação, os mecanismos de vedação à indignidade humana, o fomento à inclusão social, o tratamento diferenciado a fornecedores específicos, a preferência para prestações nacionais e a definição de práticas sustentáveis. Sendo assim, as ânsias inseridas pelo constituinte no modelo de nação objetivado para o Brasil tendem a ser efetivadas, ratificando a importância de reflexões que fomentem um agir administrativo ainda mais pautado em resultados e inovações.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 240, p. 83-103, abr./jun. 2005.

BRASIL. *Constituição Federal da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 25 mar. 2020.

BRASIL. *Decreto n.º. 5.017*, de 12 de março de 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5017.htm. Acesso em: 25 mar. 2020.

BRASIL. *Decreto n.º. 7.546*, de 02 de agosto de 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7546.htm. Acesso em: 25 mar. 2020.

- BRASIL. *Decreto n.º. 7.746*, de 5 de junho de 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Decreto/D7746.htm. Acesso em: 25 mar. 2020.
- BRASIL. *Decreto n.º. 8.538*, de 6 de outubro de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8538.htm. Acesso em: 25 mar. 2020.
- BRASIL. *Decreto n.º. 9.450*, de 24 de julho de 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Decreto/D9450.htm. Acesso em: 25 mar. 2020.
- BRASIL. *Lei n.º. 8.666*, de 21 de junho de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm. Acesso em: 24 mar. 2020.
- BRASIL. *Lei n.º. 12.349*, de 15 de dezembro de 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCiViL_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12349.htm. Acesso em: 24 mar. 2020.
- BRASIL. *Lei Complementar n.º. 123*, de 14 de dezembro de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp123.htm. Acesso em 24 mar. 2020.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n.º. 1.056/2017*. Plenário. Relator: Min. André de Carvalho. Sessão de: 24 mai. 2017. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A1056%2520ANOACORDAO%253A2017/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuid=226f-0cd0-8292-11e9-bc4d-733dce081158. Acesso em: 10 abr. 2019.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. O Conceito de Política Pública em Direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-50.

DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. *Políticas Públicas: Princípios, Propósitos e Processos*. São Paulo: Atlas, 2012.

EMERY, Emerson Baldotto. *Desenvolvimento Sustentável: Princípio da Eficiência em Procedimentos Licitatórios*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

FONSECA, Luísa Righi; GOMES, Angela Quintanilha. Políticas Públicas: Uma Aproximação com o Tema. In: III SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS, 2007, Porto Alegre. *Anais do III Seminário Internacional de Políticas Públicas*. Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2017.

GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e Contratos Administrativos: Casos e Polêmicas*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

GAVAZZONI, Antonio Marcos. *Sustentabilidade, Governança e Reforma do Estado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 33. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 92, de 12.7.2016. São Paulo: Malheiros, 2016.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção n.º. 105*, de 17 de janeiro de 1959. Abolição do Trabalho Forçado. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_235195/lang--pt/index.htm. Acesso em: 3 dez. 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção n.º. 29*, de 1º de maio de 1930. Trabalho Forçado ou Obrigatório. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_235021/lang--pt/index.htm. Acesso em: 3 dez. 2019.

ROSILHO, André Janjácómo. *Qual é o Modelo Legal das Licitações no Brasil? As Reformas Legislativas Federais no Sistema de Contra-*

tações Públicas. Dissertação (Mestrado em Direito). Escola de Direito de São Paulo (FGV), São Paulo, 2011.

SANTANA, Jair Eduardo; GUIMARÃES, Edgar. *Licitações e o Estatuto da Pequena e Microempresa: Reflexos Práticos da LC nº 123/06*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Princípios do Direito Ambiental*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TEIXEIRA, Graciete (Dir.). *Grande Dicionário: Língua Portuguesa*. Porto: Porto Editora, 2010.

TÉCNICAS DE CONTENÇÃO DAS SUBJETIVIDADES PÚBLICAS: RACIONALIDADE E RAZOABILIDADE

Caio Magalhães Baldini Figueira

Rodrigo Dias Rodrigues de Mendonça Fróes

Aimée Schneider Duarte

INTRODUÇÃO

A liberdade de atuação do Administrador Público é tema de debates recorrentes entre doutrinadores de todo o mundo. O contato com a ampla margem de conhecimento decorrente dos temas próprios à discricionariedade é muito bem relatado por André Saddy (2014; 2016), que trouxe para o Brasil uma análise pormenorizada das subjetividades públicas, além da criação do conceito de *Apreciatividade administrativa*.

Defende-se a tese de que a outrora denominada “discricionariedade” seria melhor estudada como um conjunto de “subjetividades públicas”, divididas em quatro modalidades: discricionariedade; liberdade de configuração; margem de livre apreciação de conceitos jurídicos indeterminados e a precitada *apreciatividade*. As três primeiras têm sido largamente trabalhadas pela doutrina jurídica; a abordagem da apreciatividade por Saddy, por outro lado, foi fundamental para o entendimento da teoria da redução da discricionariedade a zero.

As subjetividades públicas são elementos imprescindíveis à manutenção da capacidade do gestor de efetivar o interesse público, ade-

quado à realidade cotidiana. No entanto, faz-se necessário delimitar as fronteiras de tal atuação, de modo a afastar possíveis atos arbitrários. Sob tal diapasão, verifica-se imprescindível a análise da racionalidade e razoabilidade, valendo-se de exemplos hipotéticos e reais com o fito de se vislumbrar a sua aplicação às atuações administrativas.

Assim é que o presente texto possui recorte temático voltado para a aplicação, no Ordenamento Jurídico brasileiro, das técnicas de contenção das subjetividades públicas, registrando se o Poder Judiciário pátrio tem atuado de maneira deferente a estas ou procedido ao controle alinhado às técnicas que serão abordadas.

SUBJETIVIDADES PÚBLICAS

As subjetividades públicas podem ser conceituadas como a liberdade de conformação ou de configuração, constituindo-se em margem de liberdade do Agente Administrativo em suas deliberações acerca de como atender à realidade jurídica. A discricionariedade, por sua vez, é associada à autonomia do Poder Executivo: a simples atuação administrativa oriunda de uma delegação legislativa (SADDY, 2014, p. 141). O teor dos ensinamentos da doutrina majoritária é no sentido de que a discricionariedade pode ser oriunda da liberdade para se escolher entre condutas comissivas ou omissivas, bem como entre os diversos tipos de atuação possíveis por força da delegação do legislador através da norma.

Segundo André Saddy, há de se observar que “a discricionariedade administrativa é a margem que o administrador possui para optar entre diversas condutas, e isso implica que existam, necessariamente, diferentes alternativas ou opções” (SADDY, 2014, p. 141). Cabe registrar, ainda, no tocante à margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados, as zonas de incerteza semântica que lhes são inerentes. Sob esta lente, a apreciatividade se refere ao espectro de liberdade de atuação dos agentes públicos da linha de frente: aqueles devem prontamente responder às situações cotidianas. Assim é que a apreciatividade pode se manifestar *contra legem* e, ainda assim, ser juridicamente válida, razoável e racional, conforme ilustrado pelos exemplos a seguir.

O WEDNESBURY CASE

Primordialmente, é imprescindível a apresentação, ainda que sucinta, dos debates inerentes ao *Wednesbury Case* enquanto importante referência para a origem histórica das técnicas de contenção das Subjetividades Públicas, Racionalidade e Razoabilidade.

No começo do século XX, na Inglaterra, o *Cinematograph Act de 1909* permitia a abertura dos cinemas em todos os dias da semana exceto aos domingos, quando só seriam abertos mediante solicitação do comandante das forças militares de dada região, sob um regulamento por ele editado. Em 1932, o *Sunday Entertainments Act* legalizou a abertura dos cinemas aos domingos pelas autoridades de licenciamento locais, sob as condições que entendessem oportunas, após o voto majoritário na localidade. Foi assim que, em 1947, em Staffordshire, uma dessas autoridades – *Wednesbury Corporation* – concedeu à empresa *Associated Provincial Picture Houses* autorização para funcionamento aos domingos sob a restrição de que crianças menores de 15 (quinze) anos, ainda que acompanhadas por adultos, não teriam ingresso permitido.

Instaurada lide acerca de tal limitação – vista pela *Associated Provincial Picture Houses* como alheia à competência da *Wednesbury Corporation* –, os membros da Suprema Corte Britânica, a partir da lide estabelecida consolidaram o chamado *Teste de Wednesbury*, baseado no seguinte crivo:

O Tribunal não podia intervir para anular a decisão do arguido simplesmente porque o tribunal não estava de acordo com ela. Para ter o direito de intervir, o tribunal teria de concluir que se uma decisão [...] é de tal forma irrazoável, que nenhuma autoridade razoável a tomaria, então pode a corte intervir. (SILVA, 2002, p. 29).

Tal crivo é esmiuçado em considerações como a que segue:

No decorrer do julgamento, ficou assentado que o Judiciário poderia intervir para alterar uma decisão administrativa ao fundamento de ser ela irrazoável, desde que cumpridas as três condições seguintes (que ficaram conhecidas como o teste de *Wednesbury*):

(I) Na decisão, foram considerados elementos estranhos ao caso; (II) Na escolha feita pela autoridade pública, não foram considerados todos os elementos relevantes; e (III) A decisão é tão irrazoável que nenhuma outra autoridade pública consideraria tal solução. (BUGARIN, T. T. S; MENEGUIN, 2015, p. 15).

Tomás-Ramón Fernández Rodríguez, referindo-se, a partir de *leading case* inglês, às decisões tomadas com fundamento na Racionalidade e Razoabilidade enquanto instrumentos de contenção e controle das subjetividades públicas a, ensina que:

Essa sistematização do uso da formulação adequada remete a feita por Lord Diplock no caso *Council for Civil Service Unions versus Minister of the Civil Service*, de 22 de novembro de 1984, distinguindo três terminologias distintas: a ilegalidade (que integra, aproximadamente, as noções continentais de incompetência, erro de fato e inexistência dos fatos), o vício de Procedimento (ou seja, a omissão ou o cumprimento defeituoso das formalidades impostas por lei ou exigíveis, em cada caso, por razões de justiça natural) e irracionalidade (*unreasonableness*). Esta última se desdobra, por sua vez, como adverte Bell, em dois ramos, dos quais, o primeiro refere-se à autoridade que leva em consideração itens não pertinentes ou se esquece de itens que tem essa característica, assim como o uso do poder exercitado para outra finalidade alheia a conferida por lei, enquanto a segunda refere-se, em um sentido mais amplo e também mais vago, por isso mesmo as decisões que nenhuma autoridade razoável poderia ter tomado. Destes dois ramos ou aspectos da irracionalidade, poderíamos dizer que a primeira diz respeito a própria construção da decisão, sua lógica interna, ou seja, a irracionalidade, em rigor, enquanto a segunda envolve a comparação da decisão com algo que está fora delas, o que remete para a ideia de razoabilidade. (FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, 2002, pp. 209-210)¹⁰²

102 Tradução do autor. No original: “Su sistematización al uso procede de la formulación que hizo Lord Diplock em el asunto *Council for Civil Service Unions versus Minister*

Para o autor, a doutrina *Wednesbury* aborda apenas a segunda acepção da racionalidade, com o Presidente do Tribunal de Apelação, Lord Greene, incluindo um *obiter dictum* que viria a ser recorrentemente citado, com as mais diversas finalidades, pelos Tribunais Ingleses (FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, 2002, pp. 209-211). A partir dessa análise, chega-se ao exame dos institutos da Racionalidade, objeto do próximo item.

A RACIONALIDADE COMO TÉCNICA DE CONTENÇÃO DAS SUBJETIVIDADES PÚBLICAS

Vários autores estudam o conceito de Racionalidade, encontrando significados específicos de ramificações próprias. Alejandro Nieto García, para quem a definição deve partir do antônimo de racional, entende ser “irracional decidir a margem da razão e tratando-se de uma decisão jurídica, decidir por causas não jurídicas, em suma o juiz atua irracionalmente (em sentido jurídico) quando não decide guiado por razões jurídicas senão por outras causas” (NIETO GARCÍA, 2016, p. 262.) Nas palavras de André Saddy, “não é falta de reflexão, mas uso de razões jurídicas que se substituem por outros impulsos, que são regras ocultas, mas que podem estar expressas na motivação” (SADDY, 2016, pp. 262-263).

of the Civil Service de 22 de noviembre de 1984, distinguendo três supuestos distintos: la ilegalidad (que aproximadamente integra las nociones continentales de incompetência, error de hecho e inexistência de lós hechos), el vicio de procedimiento (esto es, la omisión o el defectuoso cumplimiento de lós trámites impuestos por la Ley o exigibles, em su caso, por razones de *natural justice*) y la irracionalidad (unreasonableness). Esta última se desdobra, a su vez, como advierte Bell, em dos ramas, de las cuales la primera hace referencia a la toma em consideración por la autoridad de elementos no pertinentes o al olvido de otros que tienen tal carácter, así como el uso del poder ejercitado para um fin ajeno a la Ley que lo otorga, en tanto que la segunda alude em um sentido más amplio y tambien más vago por esa misma razón a aquellas decisiones que ninguna autoridad razonable hubiera podido tomar. De estas dos ramas o vertientes de la irracionalidad podríamos decir que la primera concierne a la construcción misma de la decisión, a su lógica interna, esto es, a la irracionalidad, em sentido estricto, mientras que la segunda implica uma comparación de la decisión com algo que está fuera de ellas, ló que remite a la Idea de la razonabilidad.”

Eva Desdentado Daroca afirma que a racionalidade exige adequação das decisões a determinadas regras ou princípios, tendo em mente a lógica dedutiva, a eficiência, a coerência e a consistência (DAROCA, 1999). Nieto García (2016), ao citar Manuel Atienza Rodrigues, afirma que a irracionalidade se divide em formal/lógica e ilógica. A primeira respeita os princípios da consistência, universalidade e da coerência, evitando fugir ao uso de fontes de direito vinculativo, ignorar a existência de fatos provados na devida forma e, por fim, o uso, como elementos-chave da fundação, de critérios não previstos por lei. Para tratar da segunda, no entanto, García (2016) recorre a Aulis Arvi Aarnio, que apresenta as regras básicas da consistência, eficiência, fé, sinceridade e generalização. Em relação ao ônus da prova, o que viola o princípio da igualdade de tratamento é necessário para justificar e também deve provar que o afasta da *communis opinio*.

Ainda acerca da Racionalidade, os autores Carol Harlow e Richard Rawlings (2010 *apud* BUGARIN, T. T. S; MENEGUIN, 2015) entendem que a decisão racional se configura em um processo de seleção de alternativas que culmina na realização de objetivos previamente selecionados, ou, ainda, na opção por uma alternativa, dentre várias estudadas, que maximizará os valores próprios de quem decide. Neste ponto, cabe mencionar a técnica das *relevant and irrelevant considerations*, muito similar ao teste de racionalidade.

Tem-se, a partir de uma leitura sintética, que o agir racional decorre da relação lógica entre o objeto precedente e a ação consequente. Podemos alcançar o conhecimento da irracionalidade na tomada de decisão por parte do Administrador Público a partir de uma análise detalhada, consubstanciada em evidências que demonstram o desvio do interesse público em prol de metas privadas que, mesmo alinhadas às diretrizes públicas, conformam atos viciados por seus motivos originais.

A RACIONALIDADE COMO TÉCNICA DE CONTENÇÃO DAS SUBJETIVIDADES PÚBLICAS

André Saddy (2016) menciona que certos autores citam a técnica das *relevant and irrelevant considerations* junto ao teste de racionalidade.

Entende que tal técnica exige da Administração que considere todos os aspectos relevantes para uma decisão final, mantendo-se alheia àqueles irrelevantes. As lições de Fernández Rodrigues acerca do teste de racionalidade, assimiladas por Saddy, evidenciam a proximidade para com a técnica ao expor que o tribunal deve comprovar, como evidência da racionalidade da decisão administrativa:

- a) se a realidade dos fatos foi respeitada ou distorcida, porque a liberdade característica do poder discricionário não alcança aos fatos;
- b) se foi levado ou não em consideração pela Administração algum fator juridicamente relevante ou se foi introduzido por ela no procedimento de elaboração da decisão algum outro fator que não o seja;
- c) se foi levado em conta ou se foi observado o maior peso ou o maior valor que, eventualmente, outorgasse o ordenamento jurídico a algum desses fatores;
- d) se, caso todos os fatores de consideração jurídica obrigatória tivessem o mesmo valor jurídico, se foi realmente racionalizado em favor de um deles ou se a racionalização realizada resulta de erros lógicos, ou, em fim, se é incompatível com a realidade dos fatos. (FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, 2002, p. 236).

Insta observar que, não se verificando a presença de qualquer desses itens, a aplicação da técnica de contenção da racionalidade será inviável – evidenciando que cada item apontado por Fernández Rodrigues deve ser considerado como um teste individual da racionalidade da decisão administrativa.

Ressalta-se, ainda, que a complexidade de tais testes decorre de sua profundidade, posto que permitem ao Tribunal controlar a subjetividade pública em seu *iter*, aferindo o desvio do interesse da Administração Pública em prol do interesse privado de seu gestor. Portanto, o objeto de tal controle não é a decisão final, sim, o caminho percorrido até ela. Esta análise conceitual é corroborada por exemplos, hipotéticos e havidos, de sua aplicabilidade ao Ordenamento Jurídico brasileiro:

a) Quanto à aplicação da racionalidade aos *conceitos jurídicos indeterminados*, tem-se que a Lei de Licitações (Lei n.º 8.666/93) define que o administrador poderá contratar emergencialmente em caso de calamidade pública. Se o gestor interpreta como situação de calamidade pública a queda de uma árvore de três metros sobre um terreno de sua propriedade, registra-se a ilogicidade entre o objeto precedente e a atuação consequente, com o controle se fundamentando na ausência de racionalidade na associação realizada pelo gestor.

b) Quanto à *liberdade de conformação da Administração Pública*, se um Prefeito municipal emite Decreto que determina que os veículos particulares em seu nome e de sua esposa sejam classificados como veículos oficiais, imunes à autuação por infração de trânsito pela Guarda Municipal para permitir à primeira-dama estacionar onde quisesse ao buscar os filhos na escola, resta evidente a atuação administrativa foi irracional, inserindo em seu *iter* fator que não guarda qualquer relevância jurídica, configurando-se em mero privilégio particular.

c) Quanto ao emprego da *discricionariade propriamente dita*, se um Governador remove, nos conformes de determinada Lei estadual, policial civil lotado no sul para o norte do estado por desaprovar o relacionamento entre o policial e sua filha, verifica-se que sua discricionariade foi irracional, sendo a decisão desprovida de relevância jurídica em função da ausência de interesse público.

d) Quanto à *Apreatividade*, tem-se que a introdução do presente texto deixou claro que esta subjetividade pode culminar em atuação contra disposição normativa sem, contudo, afigurar-se ilegal. Exemplifica-se: o Código de Trânsito Brasileiro e as regulamentações de trânsito determinam que os veículos ciclomotores (motocicletas) só podem circular se tiverem retrovisores em ambos os lados¹⁰³. Imagine-se um motociclista que, voltando para casa de seu trabalho, sofre uma queda por existência de um buraco na via e perde o retrovisor do lado esquerdo. Segue viagem e, a 05 (cinco) quadras para chegar à sua casa, se depara com uma *blitz* da Polícia Militar, onde é abordado sobre a ausência do retrovisor. Após ouvir sobre o ocorrido, o policial militar o libera, sem autuá-lo, sob a promessa da instalação, o quanto

103 Resolução 14/1998 do CONTRAN. <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=96437>. Acesso em 10 de fevereiro de 2017.

antes, de novo retrovisor esquerdo. Não se discute, no caso, a ocorrência do crime de prevaricação, mas a atuação apreciativa do policial na situação cotidiana específica. Verifica-se que, mesmo desrespeitando preceito legal, este observou, em prol da realidade dos fatos, os critérios de comprovação da racionalidade enunciados por Tomás-Ramón Fernández Rodríguez: todos os fatores juridicamente expressivos foram considerados no caso concreto, sem a ocorrência de irrelevantes.

Ressalte-se que a apreciatividade não visa permitir condutas ilegais, mas garantir que o agente público, principalmente aqueles na “linha de frente” (SADDY, 2014) da atuação administrativa, possam se alinhar à realidade do caso concreto. O teste de racionalidade permite, inclusive, o controle por meio da comprovação da irregularidade subjetiva íntima do agente, como visto nos precitados exemplos. Seu uso, então, se justifica para coibir as vicissitudes no transcurso entre a observação de um fato até o deslinde final da atuação administrativa.

A RAZOABILIDADE COMO TÉCNICA DE CONTENÇÃO DAS SUBJETIVIDADES PÚBLICAS

Vale iniciar este capítulo deixando evidente que a razoabilidade, já apresentada, será de uso exclusivo para os casos em que o Tribunal comprovar que a atuação administrativa foi racional. Frise-se, ainda, para evitar seu uso indevido, que ela se distanciará da proporcionalidade em uma série de aspectos a serem elucidados.

Tal distinção parte de dois fundamentos básicos. O primeiro deles é a origem: enquanto a razoabilidade teria como marco inicial o precitado *Wednesbury Case* inglês, a proporcionalidade surge no Direito Alemão. Virgílio Afonso da Silva (2002) aponta, ainda, a diferenciação, feita pelo Tribunal Constitucional germânico e mencionada por Humberto Bergmann Ávila, entre o dever de proporcionalidade e o princípio da razoabilidade. Este último seria, segundo ele, o *Zumutbarkeitsgrundsatz*; a Corte, contudo, refere-se quase sempre à *Zumutbarkeit* (razoabilidade, exigibilidade) como um mero sinônimo de proporcionalidade em sentido estrito. (ÁVILA, 1999 *apud* SILVA, 2002, p. 29).

O segundo critério concerne à intensidade da aplicação dos institutos: a razoabilidade é muito menos intensa do que a proporcionali-

dade, destinando-se a afastar atos de inconveniência gritante, enquanto esta exige a apuração de três sub-regras que, uma vez confirmadas, consagram a proporcionalidade da decisão administrativa. São elas a *adequação*, a *necessidade* e a *proporcionalidade em sentido estrito*.

Em análise sintética, o exame da adequação afere se o meio adotado atingiu o fim pretendido, promovendo a coerência entre a limitação ao direito fundamental e a finalidade que a justifica (MARINI, 2007). Já a necessidade remete à atuação menos gravosa por parte da administração pública perante determinado fato. Demanda, portanto, a comparação entre a medida adotada, que não deve exceder os limites indispensáveis à conservação da finalidade juridicamente legítima almejada, e outras que seriam possíveis. A proporcionalidade em sentido estrito, por sua vez, consiste na ponderação entre a intensidade da atuação administrativa restritiva e a importância da se permitir ou vetar tal medida. Assim, “o julgador precisa ter a sensibilidade para no caso em concreto medir as consequências da limitação (ou mitigação) de um (ou alguns) dos direitos fundamentais em conflitos”. (MARINI, 2007).

Tal registro das aplicações diversas da razoabilidade e da proporcionalidade não elide, todavia, o fato de que diversos juristas brasileiros entendem tratar-se de institutos equivalentes, havendo entre eles mera diferença terminológica. Registre como exemplo o pensamento de Luís Roberto Barroso, para quem “é digna de menção a ascendente trajetória do princípio da razoabilidade, que os autores sob influência germânica preferem denominar princípio da proporcionalidade, na jurisprudência constitucional brasileira” (BARROSO, 1998, p. 18).

Examinada a conceituação da razoabilidade como técnica de contenção das subjetividades públicas, e apresentadas, ainda que sinteticamente, as suas nuances, convém apresentar casos exemplificativo de seu uso face às quatro diferentes subjetividades públicas.

a) O controle da margem de livre apreciação de *conceitos jurídicos indeterminados* é ilustrado pela hipótese em que o gestor público resolve punir, com pena de demissão, determinado servidor público do sexo masculino que pintou as unhas de vermelho, fundamentando a decisão em suposta ofensa à moralidade administrativa. A irrazoabilidade, aqui, é evidente, não se podendo permitir que um servidor possa sofrer

punição tão grave por uma conduta desprovida de lesividade como a ocorrida. Houve, no caso, atuação administrativa oriunda de manifestação subjetiva do gestor, dissonante em face do senso comum e da vinculação lógica entre o fato observado e a conduta adotada.

b) O controle da liberdade de configuração da Administração Pública pode ser observado no caso hipotético em que a Agência Nacional de Saúde Suplementar edita Resolução determinando que todos os planos de saúde sejam compelidos a comprar televisores com mais de 32 (trinta e duas) polegadas e contratar serviços de TV fechada para os pacientes, como forma de garantir o seu lazer durante o período de internação. Em que pese as atribuições de regulação e controle da ANS, a medida adotada se mostra contrária à manifestação de qualquer pessoa sensível (SADDY, 2016, pp. 263-264).

c) A contenção da discricionariedade estrita da Administração Pública por meio do exame de razoabilidade pode ser aferida quando o Prefeito decreta que a Guarda Municipal deverá fazer o extermínio imediato dos animais encontrados perambulando, sem coleira, pelas ruas do município. A medida é desarrazoada, uma vez que tais animais sem coleira podem ter fugido de suas casas ou sofrido abandono por seus donos, podendo-se cogitar, ainda, de outras medidas, como a adoção, preferenciais em face de seu extermínio.

d) Já a contenção da apreciatividade da Administração Pública se observa quando um policial militar, ao abordar um grupo de cavaleiros que estariam atrapalhando o trânsito na rodovia, resolve abater os animais para facilitar a liberação da via – uma medida cujo desapego à adequação alcança o absurdo.

Os cenários acima mencionados deixam em aberto a seguinte questão: não seriam tais casos, em verdade, exemplos de aplicação da técnica de contenção da *razoabilidade*? Trata-se, como já visto, de técnica observada no “iter” da atuação administrativa, apurada a partir do íntimo intencional do gestor quando da prática do ato administrativo. Assim é que, em todos os casos mencionados como passíveis de aplicação da técnica da razoabilidade, os critérios enunciados por Tomás-Ramón Fernández Rodríguez devem ter sido previamente vencidos anteriormente; logo, o controle de razoabilidade deve, sim, ser realizado sobre nos casos apontados, pois restou verificado que, no

ínterim entre o fato e a atuação, o gestor, ainda que tomando decisões irrazoáveis, o fez com o fito de atender o interesse público.

Contemplados os exemplos de aplicabilidade das técnicas de contenção às subjetividades públicas, é imperioso que se verifique o seu uso no Ordenamento Jurídico brasileiro.

É RACIONAL A APLICAÇÃO, PELO JUDICIÁRIO BRASILEIRO, DA RACIONALIDADE E RAZOABILIDADE COMO TÉCNICAS DE CONTENÇÃO DAS SUBJETIVIDADES PÚBLICAS?

A racionalidade e a razoabilidade são conceitos com certo grau de vagueza, o que pode gerar nos magistrados o entendimento de se tratar de técnicas baseadas em suas concepções particulares do que é racional e razoável. No entanto, não se pode simplesmente relegar tais noções à vontade subjetiva do julgador, posto haver uma regra geral, aplicável tanto ao administrador como ao juiz, atinente à necessidade de se fundamentar toda decisão (FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, 2002).

É possível constatar, em exame da jurisprudência brasileira, que o Judiciário vem adotando uma postura descabida, garantindo ao magistrado a livre manifestação quanto ao que entende por razoável para o caso concreto – promovendo, assim, o *bom senso*, rechaçado por André Saddy (2016, p. 264) em função de sua carga subjetiva. Tal postura merece críticas severas: se o objetivo é conter atuações irrazoáveis, baseadas nas concepções individuais de quem possui o poder de agir em nome da Administração Pública, não só é contraditório que se transfira ao critério pessoal do juiz a incumbência de se definir o que é razoável como a ausência de um método específico para tanto dificulta a obtenção do que Alexy Robert (2001, pp. 212-215) chama de decisão correta.

Neste mesmo teor de ideias, o professor Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 31) afirma que, a despeito da importância da proporcionalidade, os Tribunais pátrios não parecem dispostos a aplicá-la de forma estruturada, limitando-se à sua citação. É imprescindível, contudo, que a atividade jurisdicional seja realizada com respeito aos ditames constitucionais: o magistrado, ao realizar o controle dos atos que ultra-

passam ou afrontam os limites da norma, não pode substituir a vontade do gestor público pela sua própria – e, assim, faltar em deferência às subjetividades públicas da Administração Pública. Daí a importância de apresentar os fundamentos jurídicos de sua decisão, com análise devida e específica acerca do caso em que atua, sendo *irracional* que, sob o pretexto da *razoabilidade*, venha a julgar com base em suas percepções e conceitos particulares.

Impende ressaltar, por fim, que, ainda que a contenção seja realizada de forma técnica e fundamentada, com a devida deferência às subjetividades públicas, a aplicação da racionalidade e da razoabilidade nos termos defendidos nesta obra não são suficientes para se garantir a devida redução da discricionariedade: outros fatores podem, ainda, influenciar o processo decisório e a atuação administrativa, escapando, contudo, ao seu controle. Todavia, é imprescindível observar que, uma vez constatada a ausência de racionalidade e razoabilidade – premissas básicas para o exame em tela – em determinada atuação, quaisquer outras técnicas de contenção serão obsoletas.

CONCLUSÃO

A delicadeza do tema aqui abordado decorre de suas diversas nuances, capazes de desviar a sua aplicação. É imperioso considerar que as técnicas de contenção das subjetividades públicas foram concebidas como um modo de se garantir maior estabilidade na atuação dos gestores públicos. A presente obra buscou elucidar a aplicação da racionalidade e razoabilidade para tais propósitos, dividindo o seu enfoque entre a margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados, a liberdade de configuração, a discricionariedade estrita e a apreciatividade.

O exame crítico do uso de tais institutos no Ordenamento Jurídico brasileiro, bem como os exemplos voltados para cada uma das subjetividades públicas, objetivou não só conferir-lhes concretude como, ainda, esclarecer as formas de controle da atuação administrativa com base em ambos.

Restou evidente que a racionalidade almeja aferir os vícios observados no transcurso entre a observação do fato e a atuação adminis-

trativa, verificando se a realidade dos fatos foi respeitada ou distorcida pela inclusão, no processo decisório, de fatores juridicamente irrelevantes; se foi realizada a ponderação entre as atuações possíveis; se a racionalização é incompatível com a realidade dos fatos ou se resulta de erros lógicos.

Resta claro, ainda, que os testes de racionalidade e de razoabilidade são subsequentes: cabe realizar o segundo somente se o primeiro for comprovadamente desfavorável. As diferenças, de origem e aplicação, entre a razoabilidade e a proporcionalidade devem ser registradas, resguardando-se o último procedimento sistemático para o deslinde do controle, devendo, para cada sub-regra vencida e analisada, haver fundamentos que justifiquem a tomada de decisão.

Por fim, a atuação jurisdicional no Brasil tem sido realizada de forma infundada, baseando-se em mero silogismo e referência à razoabilidade. Este tipo de processo decisório configura verdadeira interferência na capacidade do gestor público de administrar – e, sob o pretexto de controlar suas eventuais arbitrariedades do Administrador, acaba por viabilizar aquelas de autoria do magistrado.

Em todo caso, é imprescindível que haja fundamentação tendente a abranger, de forma cabal, os institutos aplicáveis ao caso, bem como os fatos aduzidos, para que se chegue a uma decisão justa e válida. A racionalidade e razoabilidade devem ser observadas a partir de análises objetivas, baseadas no senso comum, e procedendo-se às devidas justificativas devidas; ao revés, a simples menção aos institutos como forma de respaldar uma manifestação axiológica e subjetiva tornam o controle – e, por conseguinte, a decisão – irracional e arbitrário.

Tal arbitrariedade, conforme observado, acaba enraizada nos conceitos, sejam particulares de determinados magistrados brasileiros ou predeterminados pela jurisprudência, de racionalidade e razoabilidade que se impõem na falta de fundamentações substanciais. Diante deste cenário, cabe questionar se a desobediência a um método baseado em conceitos pessoais é suficiente para o exercício do controle e contenção das subjetividades públicas pelas técnicas de contenção estudadas. Em outros termos: é possível afirmar que existe *irracionalidade e irrazoabilidade* dos magistrados na aplicação de tais técnicas à Administração Pública?

Em última análise, deve-se frisar que a aplicação dessas duas técnicas não garante a absoluta contenção das subjetividades públicas. Não obstante, são elementos que possibilitam a descoberta de um método apto a reduzir a discricionariedade – não de modo a engessar a liberdade cabível à atuação de um gestor, mas provendo as instituições de instrumentos de contenção das arbitrariedades eventualmente cometidas.

Em linhas gerais, o objetivo das técnicas de contenção é evitar o *arbitrário*, que se configura, seja por parte da Administração Pública, seja advindo do Poder Judiciário, em medida ilegal, ilegítima e ilícita. Tais institutos vislumbram a tutela dos Administrados, tendo, como imperativos de sua efetivação, a imprescindível fundamentação e o uso sistemático, desprovido de carga axiológica íntima e particular.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2001.
- BARROSO, Luís Roberto, “Dez anos da Constituição de 1988 (foi bom pra você também?)”. In: *RDA* 214, 1998.
- BUGARIN, T. T. S; MENEGUIN, F. B. Rational Decision Making. *Parâmetro para o Controle Judicial das Deliberações do Poder Executivo?* Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/ Senado, Fevereiro/2015 (Texto para Discussão nº 169). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 08 de fevereiro de 2020.
- DAROCA, Eva Desdentado. *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico – construcción teórico y análisis jurisprudencial*. 2.^a ed., Editorial Aranzadi: Elcano, 1999.
- FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, Tomás-Ramon. *De La arbitrariedad de la Administración*. 5. Ed. Madrid: Civitas, 2002.
- GALLIGAN, Denis J. *Discretionary powers: a legal study of official discretion*. Oxford. Clarendon Press, 1990.
- MARINI, Bruno. “O princípio da proporcionalidade como instrumento de proteção do cidadão e da sociedade frente ao autori-

tarismo”. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1376, 8 abr. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9708>>. Acesso em: 12 fev. 2017.

SADDY, Andre. *Limites à tomada de Decisão e Controle Judicial da Administração Pública*. 1. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

_____. *Apreciatividade e discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. “O proporcional e o razoável”. *RT*, São Paulo, ano 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002. Disponível em www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179. p. 29. Acesso em 22 de fevereiro de 2020.

A ADMISSIBILIDADE DA PROPAGANDA ELEITORAL PARASITÁRIA NA INTERNET

Caroline Rodrigues Cavarzere

Introdução

Em paralelo às famosas *fake news* que marcaram as eleições gerais do ano de 2018 na internet, uma outra ferramenta virtual pode ter sido utilizada de tal maneira a colocar em dúvida, mais uma vez, a ética na política brasileira. Trata-se de contratação por candidato, para fins de propaganda eleitoral, de priorização de conteúdo em sites de busca na *web*.

Embora exista dispositivo normativo autorizando, a alegação de abuso no uso de tal mecanismo teve de ser enfrentada pelo Tribunal Regional Eleitoral do Estado de São Paulo, e a questão aguarda o julgamento pelo Tribunal Superior Eleitoral em sede de Agravo de Instrumento em Recurso Especial¹⁰⁴. Tal Representação Eleitoral foi ajuizada por um então candidato ao cargo de Senador para ver reconhecido o abuso de direito e exclusão de propaganda contratada por outro candidato na internet, além de aplicação de multa. O TRE-SP julgou procedente a Representação, determinando exclusão da propaganda eleitoral, e negou seguimento ao Recurso Especial interposto pelo polo passivo da ação.

A discussão orbita em torno da contratação de priorização de página de campanha mediante ferramenta paga que opera na plataforma

104 Processo 0605327-15.2018.6.26.0000. Acesso aos autos em 02 de abril de 2020.

de buscas, denominada *Google Ads*, que funciona por meio de escolha, pelo contratante, de palavras-chave que, ao serem digitadas no buscador, trazem em destaque o anúncio contratado, ocupando a primeira posição dentre os possíveis resultados vinculados àquela pesquisa. No caso concreto, ao contratar o serviço, o representado escolheu como palavra-chave não apenas o seu próprio nome, como também o nome do candidato adversário. Por isso, ao se digitar no buscador o nome do adversário, dentre os resultados aparecia, em primeiro lugar, o link para a página de campanha do representado, e com os seguintes dizeres: “X? Conheça Y”¹⁰⁵. Dessa maneira, os links para os sites de campanha do adversário pesquisado ficavam relegados ao segundo lugar em diante dentre os resultados.

A relevância do estudo reside na inevitabilidade de se estabelecer diretrizes para o uso da ferramenta nas campanhas eleitorais virtuais nos próximos pleitos, de maneira que permaneçam resguardadas as normas orientadoras do jogo democrático legítimo. Para tanto, no primeiro capítulo tratou-se de analisar a licitude do mecanismo em questão, a caracterização do abuso de direito como ato ilícito e da vedação à prática de propaganda parasitária no âmbito do direito privado. No segundo, refletiu-se sobre a legitimidade e o estreitamento entre direito e ética; já no terceiro capítulo, estudou-se a adequação da ferramenta à obtenção da vontade autêntica do eleitorado para atendimento aos princípios democrático e republicano. O método científico empregado foi o lógico-indutivo.

1 - Licitude, abuso de direito e a propaganda parasitária

O ambiente virtual vem crescendo como alternativa para exibição de propagandas eleitorais. A liberdade da manifestação do pensamento e a interferência mínima da Justiça Eleitoral no debate democrático virtual são os elementos reitores do exercício dessa atividade, conforme Resoluções 23.551/2017 e 23.610/2019 do Tribunal Superior Eleitoral. E a permissão de propaganda eleitoral paga na internet foi uma das

105 Nomes ocultados.

mais relevantes mudanças introduzidas pela minirreforma eleitoral de 2017 (Lei 13.488/2017), modalidade que era proibida até então.

Com a nova redação, a Lei 9.504/1997 trouxe exceções à vedação de veiculação de propaganda eleitoral na internet, dentre elas o impulsionamento e a priorização de conteúdos, inclusive em plataformas de busca, desde que contratados por partidos, coligações, candidatos e seus representantes, e identificados de forma inequívoca.

O conceito de impulsionamento de conteúdo foi trazido pela Resolução 23.551/2017 do Tribunal Superior Eleitoral, no artigo 32, inciso XIII: “o mecanismo ou serviço que, mediante contratação com os provedores de aplicação de internet, potencializem o alcance e a divulgação da informação para atingir usuários que, normalmente, não teriam acesso ao seu conteúdo; (...)”. As normas eleitorais, ao permitirem expressamente a contratação de priorização de conteúdo, ressalvam que a finalidade deve ser promover ou beneficiar candidatos e partidos, e que o ato de contratar deve ser feito por eles próprios.

A licitude da conduta é a principal tese de defesa na Representação Eleitoral mencionada, tendo sido alegado ainda que a situação se assemelharia “à postura de duas equipes de panfletagem que, numa praça pública de grande circulação, disputam a atenção dos mesmos eleitores, entregando a eles os materiais dos candidatos-competidores”¹⁰⁶. Em contrapartida, a Procuradoria Regional Eleitoral foi no sentido de que “Na verdade, seu ato mais se amolda à situação hipotética de uma equipe de panfletagem que perturba a atividade do concorrente”¹⁰⁷. Embora lícita, segundo o Ministério Público a panfletagem pode ser tomada por ilícita quando, extrapolando os limites do exercício de um direito, o objetivo deixa de ser simplesmente a promoção de um candidato e passa a ser o abalo ao candidato adversário, conturbando o direito de cada um de se autopromover ao tentar desviar a atenção dos eleitores que estivessem em busca de informações sobre seu concorrente.

Seguindo tal linha de raciocínio, apesar da aparente licitude da ferramenta, seu uso, assim como o exercício de qualquer direito, en-

106 Processo TRE/SP 0605327-15.2018.6.26.0000 - fls. 26 (petição de contestação - ID 518396).

107 Processo TRE/SP 0605327-15.2018.6.26.0000 - fls. 9 (manifestação da Procuradoria - ID 518418).

contraria limites – “*male enim nostro jure uti non debemus*”, expressão em latim que representa a elaboração de uma teoria geral do abuso de direito, cuja tradução é: não devemos usar mal de nosso direito. No Brasil, embora não estivesse expressamente previsto no Código Civil de 1916, o abuso de direito era reconhecido e aplicado já há algum tempo pela doutrina e jurisprudência, e em 2002 ficou positivado no artigo 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*”.

O instituto foi aplicado pelo juízo de primeiro grau. A sentença proferida reconheceu a legalidade da ferramenta, mas que o representado “*em evidente abuso de direito, fez uso de modalidade lícita de propaganda para, por meio de um claro estratagema, desviar em seu proveito o espaço da candidata adversária*” (grifos nossos). Seria a propaganda, portanto, lícita na forma, porém ilícita no conteúdo.

Nos debates do caso concreto ressaltou-se também o requisito da letra da lei que admite o uso do mecanismo apenas para o fim de beneficiar o contratante, excluindo seu uso para prejudicar o alcance e a repercussão de candidaturas adversárias, captando a atenção e desviando os potenciais eleitores desta. A ferramenta deveria, então, servir para aumentar a visibilidade de seu próprio site na internet, e não para invadir o espaço virtual dos outros candidatos, objetivando diminuir a visualização do site dos concorrentes.

No Recurso interposto alegou-se violação ao princípio da legalidade e uso de analogias em prejuízo à liberdade de expressão do recorrente, afirmando ser da essência da propaganda eleitoral a comparação entre candidatos. Em acórdão foi negado provimento ao recurso, mantendo-se a decisão monocrática:

RECURSO ELEITORAL – REPRESENTAÇÃO – PROPAGANDA ELEITORAL IRREGULAR – PROPAGANDA PAGA NA INTERNET – IMPULSIONAMENTO DE CONTEÚDO - realização de propaganda eleitoral por meio de priorização paga de resultados em mecanismo de busca – impulsionamento que, apesar de contratado por meio formalmente lícito (*Google Ads*), fere substancialmente a lei

eleitoral – utilização do nome de adversário político como palavra-chave para direcionar a pesquisa no mecanismo de busca e capturar seus pretensos eleitores, com notória repercussão negativa em sua propaganda – candidato que, em evidente abuso de direito, fez uso de modalidade lícita de propaganda para, por meio de um claro estratagema, desviar em seu proveito o espaço da candidatura adversária – o impulsionamento, dentre outros requisitos, somente pode ser feito em benefício da candidatura contratante, vedando-se, por consequência, sua utilização em prejuízo das candidaturas adversárias – infringência ao art. 57-c, §3º, da lei das eleições – multa de R\$ 10.000,00 mantida, em atenção aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, em razão do alcance do meio empregado – decisão monocrática mantida – recurso improvido.

(Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo. Recurso Eleitoral n. 0605327-15.2018.6.26.0000. Relator Mauricio Fiorito. Julgamento em 19/09/2018)

No âmbito do direito privado, prática semelhante já foi enfrentada pelo Superior Tribunal de Justiça, a qual foi dada o nome de “parasitária”. Segue recente julgado a este respeito:

RECURSO ESPECIAL. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. USO INDEVIDO DE MARCA DE EMPRESA. SEMELHANÇA DE FORMA. DANO MATERIAL. OCORRÊNCIA. PRESUNÇÃO. DANO MORAL. AFERIÇÃO. *IN RE IPSA*. DECORRENTE DO PRÓPRIO ATO ILÍCITO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. RECURSO PROVIDO.

(...) 2. Nos dias atuais, a marca não tem apenas a finalidade de assegurar direitos ou interesses meramente individuais do seu titular, mas objetiva, acima de tudo, proteger os adquirentes de produtos ou serviços, conferindo-lhes subsídios para aferir a origem e a qualidade do produto ou serviço, tendo por escopo, ainda, evitar o desvio ilegal de clientela e a prática do proveito econômico parasitário.

(...)

(REsp 1327773/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 28/11/2017, DJe 15/02/2018) (*grifos nossos*)

Convém mencionar que, segundo a biologia, parasita é o organismo que vive de ou noutro ser vivo (o hospedeiro), de quem obtém alimento e a quem causa dano. No sentido pejorativo, é a pessoa que vive à custa de outrem.

“RECURSO ESPECIAL. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. MARCA. USO INDEVIDO. CLIENTELA. DESVIO. CONCORRÊNCIA DESLEAL CARACTERIZADA. DEVER DE REPARAÇÃO. TUTELA INIBITÓRIA. ATOS CONTRÁRIOS À LEI. SUSTAÇÃO.

(...) 2. Pratica atos de concorrência desleal, a ensejar o ressarcimento dos prejuízos causados, quem emprega meio fraudulento para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem e quem usa, indevidamente, nome comercial e demais elementos caracterizadores da marca.

(...) 4. Hipótese em que a prática de concorrência desleal pelo uso indevido de marca e pelo desvio de clientela foi exaustivamente comprovada nos autos, não apenas pelo simples uso, pela re, *da* expressão “URBANO”, mas pela conjugação desse fato com a utilização de cores e layout que apresentam enorme semelhança com os padrões adotados pela autora, com a declaração dos próprios idealizadores do site de que se valeram desse artifício para serem reconhecidos no mercado eletrônico e com a contratação de links patrocinados adotando-se como palavra-chave a expressão “PEIXE URBANO” e suas variações.

5. Necessidade premente de regulamentação do mercado de links patrocinados em razão dos abusos cometidos nesta seara, em decorrência do uso não autorizado de palavras-chaves associadas a marcas que gozam de maior prestígio.

6. Ainda que a legislação atual não desça a minúcias, a ponto de regulamentar inteiramente o mercado de links patrocinados, incumbe ao aplicador da lei, mediante análise do caso concreto, verificar se tal prática, em determinadas situações, configura hipótese de concorrência desleal, por qualquer das modalidades previstas no art. 195 da Lei no 9.279/1996.

(...)

(REsp 1606781/RJ, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/09/2016, DJe 10/10/2016) (*grifos nossos*)

Ambos os julgados refletem casos em que empresas fizeram uso de ferramentas virtuais lícitas mediante uso de nomes de outras mais conhecidas, delas tirando proveito. É como se, ao abrir uma pequena lanchonete chamada “Z”, fosse contratada a mesma ferramenta virtual escolhendo como palavra chave a marca “McDonalds”, por exemplo. Sem dúvida a repercussão e o proveito seriam muito maiores do que se a palavra chave fosse apenas seu próprio nome “Z”. Parasitária é o adjetivo que muito bem define tal postura.

Transportando essa prática para o âmbito do direito público, requer-se maior cautela, contudo. Nesta seara, não se fala mais em atividades negociais de natureza econômica, regidas pela livre concorrência. Aqui, na esfera do direito eleitoral, o Estado possui o dever de atuar para resguardar valores maiores, que são fundamentos de existência do próprio Estado.

2 - Da legitimidade

No âmbito da democracia brasileira, em que a soberania popular é exercida predominantemente por meio de representantes, as eleições possuem grande relevância na realização do princípio democrático (SILVA, 1997, p. 352), já que constituem o processo legitimador da livre vontade popular, sendo a apresentação das candidaturas ao eleitorado uma das fases iniciais do procedimento eleitoral. Falhas nesse

procedimento pode atingir a soberania popular, e, conseqüentemente, a própria democracia.

José Jairo Gomes, ao tratar de campanha eleitoral, afirmou que esta “*Deve sempre se pautar pela licitude, cumprindo ao candidato e seus apoiadores se curvar às diretrizes ético-jurídicas do sistema*” (2016, p. 405). Para além da mera obediência à legalidade, essa reverência às diretrizes significa também submissão aos princípios informadores do direito eleitoral.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, determina, em seu artigo XXI, que a vontade popular deve se expressar mediante “*eleições periódicas e legítimas*”, as quais, para serem legítimas, dependem da observância ao conjunto de regras, normas e princípios que as regem.

Segundo Bonavides, a “*legitimidade é a legalidade acrescida de sua valoração*” (2010, p.12). Aqui, toca-se o movimento neoconstitucionalista do pós-guerra em face do legalismo puro e simples, e a conseqüente reaproximação entre o Direito e valores superiores como ética, moral e justiça, além do funcionamento destes como filtro axiológico dos sistemas político e jurídico (CUNHA JUNIOR, 2008, p. 35).

Nessa toada, verifica-se a necessidade, no contexto do Estado Constitucional de Direito do século XXI, de uma flexibilização da legalidade estrita em direção às regras, aos princípios, e à própria ética, como bloco de pressupostos para concretização do princípio da legitimidade. Convém destacar José Renato Nalini, ao discorrer sobre a ética e o direito:

A melhor compreensão, em termos éticos, é pregar e reconhecer que não há direito aético ou antiético. Todas as regras jurídicas, explícitas ou implícitas e em todas as suas categorias, devem um tributo à moral. Seria um contrassenso e uma deterioração dos costumes admitir-se normatividade contrária à ética. Além da legalidade, reclama-se legitimidade ao sistema. E legitimidade é ideia bastante vinculada à fisionomia ética do ordenamento. (2009, p.124)

Assim, pode-se afirmar que a legitimidade, enquanto presume a legalidade, almeja, concomitantemente, aproximar o direito da ética ao abraçar os princípios norteadores, tornando legítimo um sistema e

preservando a própria razão de ser de um princípio, alicerce de um sistema, compondo seu espírito e definindo sua racionalidade, dando-lhe sentido harmônico (MELLO, 1994, p. 450).

Gomes, ao tratar do jogo eleitoral, traz importante conceito para esta seara e explicita sabiamente a íntima ligação entre o princípio da moralidade e a legitimidade:

Em uma sociedade verdadeiramente democrática, os governados é que elegem seus governantes, reconhecendo-os como autoridades investidas de poder político. Essa escolha deve ser feita em processo pautado por uma disputa limpa, isenta de vícios, corrupção ou fraude. (2016, p.70)

No âmbito dos direitos políticos, o princípio da moralidade inscrito no artigo 14, §9º da Constituição conduz a ética para dentro do jogo eleitoral. Significa dizer que o mandato obtido por meio de práticas ilícitas, antiéticas, imorais, não goza de legitimidade. Mais que isso: significa que o mandato político deve ser sempre conquistado e exercido dentro dos padrões éticos aceitos pela civilização. (2016, p.72)

Como se vê, os princípios destacados orbitam em torno da ética; mais do que isso, é por meio deles que o comportamento ético passa a ser colocado como regra exigível e verificável, seja pela ética na disputa para que o mandato seja legítimo.

E considerando-se que a totalidade dos princípios que fundamentam um sistema coexistem em harmonia sem que um exclua o outro, não seria plausível a invocação do princípio da legalidade como se superior aos demais; o legalismo cego não raro pode levar ao afastamento do caminho que pode ser tomado por ético (BARROSO, 2005, p. 5). Por esta razão são comuns situações em que aparentemente não há irregularidades porque preenchidos formalmente os requisitos autorizadores, mas que, por outro lado, extrapolam o permissivo legal, afrontando então os princípios regentes, que ficam amiúde negligenciados.

Se, por um lado, os argumentos levam a questionar a legitimidade na admissão da conduta parasitária na contratação da ferramenta *Google Ads* pelos candidatos nas campanhas eleitorais, por outro lado, contudo,

faz-se igualmente essencial analisar algumas outras premissas fundamentais não apenas do direito eleitoral, mas do próprio Estado brasileiro.

3 - Os princípios democrático e republicano

A República Federativa do Brasil, ao adotar o princípio republicano no final do século XIX, refutou a monarquia como forma de governo, e junto com ela a hereditariedade e vitaliciedade que a caracterizam. Desde então, vige no país a regra da transitoriedade do exercício do poder entre os cidadãos que optem por exercer sua capacidade eleitoral passiva. Nesse cenário, a campanha eleitoral é a ferramenta que possibilita a divulgação dos candidatos, tornando-os conhecidos dos eleitores, e permitindo que assim o povo exerça o poder de escolher seus representantes. A contrário senso, se os candidatos não são devidamente apresentados, a transferência do exercício do poder fica prejudicada, inviabilizando a transitoriedade que se almeja no âmbito de uma república.

Nesse aspecto, cite-se Dalmo de Abreu Dallari:

Mas o povo é uma unidade heterogênea, sendo necessário atender a certos requisitos para que se obtenha sua vontade autêntica. Em primeiro lugar, essa vontade deve ser livremente formada, assegurando-se a mais ampla divulgação de todas as ideias e o debate sem qualquer restrição, para que os membros do povo escolham entre múltiplas opções. Em segundo lugar, a vontade do povo deve ser livremente externada, a salvo de coações ou vício de qualquer espécie. (2005, p. 308)

Se no rádio e na televisão o tempo de propaganda eleitoral, além de limitado, é desproporcionalmente distribuído conforme número de representantes que possuam na Câmara dos Deputados (apenas 10% é distribuído igualmente entre todas as agremiações, consoante o disposto no artigo 47, parágrafo 2º incisos I e II da Lei 9.504/1997), a internet surge como uma clara opção de campo em que pode ser dado tratamento mais isonômico para todos os candidatos, favorecendo a ampla divulgação das opções, reduzindo distâncias entre aqueles e os

eleitores, e assim extraindo do povo sua vontade verdadeiramente autêntica, porque livremente formada.

Esse cuidado pode ser encontrado na própria Resolução 23.551 de 2017 do TSE, ao trazer o conceito do mecanismo *sub judice*, descrevendo-o como capaz de “*potencializar o alcance e a divulgação da informação para atingir usuários que, normalmente, não teriam acesso ao seu conteúdo*” (artigo 32, inciso XIII). Note-se que a inserção da ferramenta dentre as permissões para as campanhas virtuais tem justamente o condão de maximizar o alcance de um determinado candidato para além daqueles eleitores que já o conheçam.

Nesse sentido convém mencionar a fala de Norberto Bobbio ao expor uma definição mínima de democracia. Segundo o autor, não bastaria conceder a um grande número de cidadãos o direito de participar da tomada de decisões coletivas, mas seria indispensável que aqueles que são chamados a tomar tais decisões “*ou a eleger os que deverão decidir sejam colocados diante de alternativas reais e postos em condição de poder escolher entre uma e outra*” (2000, p. 32). Assegurar que o cidadão seja colocado diante não apenas de alternativas reais, mas de todas as alternativas possíveis, é o que o permite exercer seu voto livremente e assim ter sua autêntica vontade extraída. Afinal, o poder de escolha só é de fato exercido quando não se ignora nenhuma opção.

Conclusão

A propaganda eleitoral paga de contratação de impulsionamento de conteúdo na internet passou a ser permitida em 2017 e utilizada pela primeira vez durante as eleições do ano de 2018. A Resolução 23.610/2019 disciplinou o uso da ferramenta para as eleições de 2020, porém sem novidades em relação à Resolução anterior.

Da análise do problema posto, verificou-se que o uso do mecanismo, ainda que mediante escolha do nome de candidato adversário como palavra-chave, aparenta licitude desde que atendidas as formalidades legais autorizadores da propaganda eleitoral na internet, dentre elas a finalidade de beneficiar o próprio candidato contratante, sua identificação como propaganda paga, observação aos limites de gastos, proibição da chamada propaganda negativa, entre outras.

Se, por um lado, a prática parasitária demonstra, à primeira vista, constituir reprovável abuso de direito porque usa terceiros com o fim de obter proveito próprio, em inegável prática parasitária, por outro lado, há que ter em mente que a campanha eleitoral não se restringe a mero direito do candidato de se ver conhecido, mas também é direito dos eleitores de formarem sua opinião a partir do acesso amplo e irrestrito a todas as opções possíveis.

Em termos práticos, proibir uso de meios legais para alcançar eleitores que talvez não conheçam o candidato contradiz a própria razão da inclusão da ferramenta como modalidade permitida de propaganda na internet, qual seja, potencializar o alcance e a divulgação para atingir usuários que normalmente não atingiria. Retomando a metáfora dos candidatos panfletando em uma praça, o caso em questão mais se assemelha a situação em que um candidato menos conhecido opte por panfletar ao lado do outro mais conhecido. Aliás, o cenário ideal seria aquele em que todos os concorrentes se colocassem a panfletar lado a lado aos demais candidatos em todas as praças possíveis. Para além do proveito próprio, a prática parece ser proveitosa para a própria democracia, desde que respeitadas as demais regras do jogo eleitoral.

Quando um candidato vence as eleições porque os eleitores o escolheram não se equipara a vencer porque não se tinha ciência da existência de outros candidatos. Enquanto o primeiro panorama faz parte da normalidade das eleições, o segundo deve ser evitado, justamente porque impede o livre exercício da soberania popular. Ressalte-se, ainda, a preponderância de princípios regentes como o republicano e o democrático, e a esperada transitoriedade de exercício dos mandatos, bem como a interferência mínima da Justiça Eleitoral nos debates virtuais.

Convém observar, contudo, que a colocação do site do candidato contratante da ferramenta em 1º lugar dentre as pesquisas, quando do uso do nome de candidato concorrente como palavra-chave, talvez afronte outros direitos e por isso incite repulsa. Por tal razão, demonstraria maior razoabilidade que nesses casos o mecanismo assegurasse tal posição para aquele que deve ter prerrogativa no uso de seu próprio nome.

Não é de hoje que se tem notado grande apelo popular por uma política mais ética. O fim da corrupção, por exemplo, tem sido a bandeira levantada por diversos partidos para demonstrarem que comparti-

lham do interesse social. Daí a importância da preocupação com a ética desde as campanhas eleitorais. Se é verdade que em um mundo ideal a ética se faria presente em toda experiência humana, então igualmente ideal é que se inspecione e adapte todo e qualquer regramento da conduta dos homens em sociedade.

Referências

- BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 03 Abr. 2020.
- BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Editora Malheiros, 17^a ed., 2010.
- CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2008.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 25^a ed., 2005.
- GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. - São Paulo: Atlas, 12^a ed., 2016.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Malheiros, 5^a ed., 1994.
- NALINI, José Renato. **Ética Geral e Profissional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 7^a ed., 2009.
- RIBEIRO, Fávila. **Direito Eleitoral**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 14^a ed., 1997.

CAPITALISMO, DIREITO PENAL E ESTADO (PUNITIVO): NOTAS CRÍTICAS A PARTIR DOS ESTUDOS DE EVGENI PACHUKANIS

Paulo Roberto Felix dos Santos

INTRODUÇÃO

Temos assistindo na dinâmica mundial, desde o início da década de 1970, um virulento processo de erosão das bases constitutivas do chamado “Estado de Bem-Estar Social” (*Welfare State*) e a progressiva ascensão do projeto neoliberal que, ao esvaziar medidas abrangentes de proteção social, acaba por sedimentar as bases de um “Estado Punitivo” ou “Penal”, fenômeno verificado na criminalização da pobreza e na intensificação de mecanismos de repressão, a exemplo do aumento significativo de “encarceramento em massa” de parcelas significativas da população brasileira, com ênfase nas camadas mais pauperizadas, em especial, jovens, negros, provenientes das periferias das grandes cidades no Brasil e em outras parte do mundo, como tem sustentado as análises pioneiras de Wacquant (2018).

Nesse diapasão, verifica-se o delineamento hipertrófico de formas repressivas do aparelho estatal, onde o direito penal, de *ultima ratio* acaba por se tornar a primeira e mais recorrente forma mobilizada de controle social, apoiado, em larga medida, na consolidação de uma novo “*ethos* punitivo”, a exemplo dos debates que vem se travando no cenário brasileiro em torno do endurecimento das penas, na possibilidade

de redução da maioria penal, ou mesmo na recente aprovação do denominado “pacote anticrime”¹⁰⁸, dentro outros, que podem elevar o potencial de encarceramento daqueles que violam determinadas leis. Contrariamente, não são raras as proposições – muitas bem-intencionadas – que buscam defender medidas alternativas¹⁰⁹ a essa tendência, intentando minimizar, ou esvaziar, a potência penalizadora do Estado nesse contexto.

Na análise desses mecanismos alternativos, apesar da necessidade imediata de sua defesa, em face da possibilidade de buscar a preservação de determinadas garantias fundamentais – o direito à vida, à liberdade, à dignidade, etc. – é necessário averiguarmos qual o limite e consequências dessa estratégia. A nosso juízo, essa avaliação passa, necessariamente, por problematizarmos qual a *natureza e função social* do direito na sociabilidade capitalista, o que deve nos levar a uma “crítica radical” desse fenômeno.

Das contribuições que poderiam ser enumeradas nesse campo, sobretudo no âmbito da chamada criminologia crítica marxista, entendemos que uma das análises bem elaboradas acerca desse tema refere-se às contribuições de um dos mais destacados juristas soviéticos, Evgeni Pachukanis (1891 – 1937) que, no calor dos acontecimentos da Revolução Russa de 1917, buscou estabelecer uma interpretação original acerca do fenômeno jurídico em sua *Teoria Geral do Direito e Marxismo (TGDM)*, cuja primeira edição vem a público em 1924¹¹⁰. Tendo

108 Trata-se de um conjunto de medidas aprovadas pelo Congresso Nacional do Brasil, que passaram a vigorar em 23 de janeiro de 2020, promovendo alterações no Código Penal, Código de Processo Penal e na Lei de Execuções Penais. Dentre as principais medidas, e que reiteram a tendência ao recrudescimento punitivista no cenário brasileiro, destacam-se a elevação da pena máxima de prisão para 40 anos, proibição da saída temporária para crimes hediondos, ampliação das tipificações de crimes hediondos, dentre outros.

109 Dentre as várias medidas que vem sendo adotadas, destacamos, por exemplo, a prestação pecuniária; a perda de bens e valores; a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas; a interdição temporária de direitos; e a limitação de saídas em fins de semana

110 “Em 1924, Evgeni Pachukanis publica a primeira edição de sua obra primordial, *Teoria geral do direito e marxismo*. Pachukanis tinha então 33 anos e era membro da Academia Comunista e do Partido Comunista da URSS. Anos antes, havia desenvolvido

como suposto a crítica da economia política marxiana, apreendeu a íntima relação entre capitalismo, Estado e direito, o que nos permitiria apreender as bases materiais onde se localiza o próprio fundamento do direito penal e o limite de medidas mitigatórias da verve punitiva do Estado, elementos tão em voga na atualidade, alinhados a um contexto de crise aguda do capitalismo.

Como observara Pachukanis, a sua obra estaria “[...] longe de pretender um lugar de honra na orientação marxista da teoria geral do direito”, sendo resultante de um movimento inicial de “autoesclarecimento” (PACHUKANIS, 2017, p.59). A nosso juízo, a profundidade de sua contribuição não só alcançou tal objetivo, como nos legou uma rica chave de análise para pensarmos os dilemas da luta jurídica nos limites do capitalismo, bem como fez desse texto uma obra incontornável àqueles que no interior da tradição marxista – mas, não só! – buscam estabelecer as mediações na perspectiva de superação desse estado de coisas da vida burguesa¹¹¹.

Com o presente texto buscamos apresentar algumas reflexões, ainda que em caráter introdutório, fornecidas por Pachukanis, que nos permitem problematizar qual o significado e o limite do direito penal no capitalismo. Para esse intento, nos valem de uma revisão bibliográfica, em que, além da referência ao próprio autor, cotejamos com outros comentadores alinhados à temática. As contribuições apontadas pelo autor não só incidem sobre a análise do direito em geral, mas estabelecem também uma crítica ácida a seus ramos particulares, a exemplo de suas contribuições acerca do direito penal, enquanto base elementar onde se sustenta o poder de controle do Estado, o que, na nossa óptica, pode nos abrir chaves interpretativas

estudos jurídicos nas universidades de São Petersburgo e de Munique (durante um período de exílio na Alemanha) e havia participado ativamente da Revolução de 1917” (KASHIURA JR, 2015, p.71).

111 O próprio autor parece ter tido consciência do ineditismo e da importância de seu empreendimento. Vejamos o que escreveu no prefácio à segunda edição de TGDM “[...] o trabalho, que, na melhor das hipóteses, deveria servir de impulso e material para discussões futuras, encontrou aplicações que esse autor jamais imaginou, a saber, na qualidade de material didático. Isso, por sua vez, explica-se pelo fato de a literatura marxista sobre a teoria geral do direito ser extremamente pobre (PACHUKANIS, 2017, p.59).

importantes para apreendermos porquê, em tempos de crise do capital, o direito e o “Estado penal” assumem tamanha centralidade, bem como quais possibilidades estariam postas nessa seara àqueles que visam estabelecer não só uma crítica a essa tendência, mas à própria lógica operante do capital. Para isso, iniciamos o nosso percurso pela base sócio-material dessa lógica: a lógica da sociedade produtora de mercadorias e sua correlata regulação jurídica.

FORMA MERCANTIL E FORMA JURÍDICA: OS FUNDAMENTOS DO DIREITO NO CAPITALISMO

Marx (2013, p.113) abre o capítulo I, “a mercadoria”, do Livro I d’O *Capital* afirmando que: “A riqueza das sociedades onde reina o modo de produção capitalista aparece como uma ‘enorme coleção de mercadorias’”. No capítulo seguinte, denominado o “processo de troca” diz, assim, o alemão: “As mercadorias não podem ir por si mesmas ao mercado e trocar-se umas pelas outras”, demandando a necessidade de nos voltarmos aos seus “guardiões, os possuidores de mercadorias” (MARX, 2013, p.159). Por fim, não bastaria que eles – os possuidores de mercadorias – tenham a disposição para a troca, mas que dependam do reconhecimento mútuo como “proprietários privados”. “Essa relação, cuja *forma* é um *contrato* uma relação volitiva, seja ela legalmente desenvolvida ou não, é uma relação volutiva, na qual se reflete a relação econômica. O conteúdo dessa relação jurídica ou volutiva é dado pela própria relação econômica”. (MARX, 2013, p.159, grifos nossos). Foi apanhando essa lógica, a lógica do desenvolvimento do capital, que Pachukanis, leva a cabo a premissa ao estabelecer uma conexão estreita entre relações econômicas capitalistas e suas correlatas relações jurídicas.

Dentre as várias contribuições oferecidas por Pachukanis acerca da apreensão da natureza e do significado do direito na sociabilidade capitalista, uma delas, diz respeito, a nosso juízo, à noção de *forma*. Isso porque, diferentemente do que a vulgata jurídica (e “juridicista”) habitual apresenta, as mediações mais visíveis pelas quais se manifesta o direito restringem-se, tão somente, aos seus distintos *conteúdos*. Mesmo autores marxistas, em geral, “ao falar dos conceitos jurídicos, têm em vista, essencialmente o conteúdo concreto da regulamentação jurídica

inerente a uma outra época, ou seja, aquilo que as pessoas consideram direito em dado estágio de desenvolvimento” (PACHUKANIS, 2017, p.72), eximindo-se de “não [só] examinar o conteúdo material da regulamentação jurídica nas diferentes épocas, mas também [de] oferecer uma interpretação materialista da própria regulamentação jurídica como uma forma histórica determinada” (PACHUKANIS, 2017, p.72). O que o jurista soviético destaca é a diferença entre essas duas dimensões – forma e conteúdo – que envolvem o direito, como elas se relacionam e a importância de atrelá-las às relações sócio-materiais de produção.

Para entendermos o significado da forma jurídica é fundamental apreendermos o porquê em dada circunstância sócio-histórica a regulamentação das relações sociais assume, de modo generalizado, um caráter jurídico. Para isso, torna-se necessário nos remetermos à própria forma social que articula essa regulamentação em uma “regulamentação jurídica”: a *forma mercantil-capitalista*. De acordo com Pachukanis é no capitalismo que o direito assume seu pleno desenvolvimento, expressando-se enquanto forma jurídica, e que tal determinação não é legatária de um mero silogismo, mas de determinadas relações sociais que, ao fim e ao cabo, assentam as bases materiais do que, em seguida, se consubstanciará em uma regulamentação jurídica. Tais relações se assentam no pleno desenvolvimento capitalista, em que o trabalhador não só se subordina *formal*, mas de modo *real* ao capital. Destarte: “só há direito em uma relação de equivalência na qual os homens estão reduzidos a uma mesma unidade comum de medida em decorrência de sua subordinação real ao capital (NAVES, 2014, p.87).

O direito, assim entendido, não é uma ideia, ou mesmo uma norma, que disciplina a realidade social, mas é uma forma determinada por essa própria realidade. A chave pachukaniana para análise dessa determinação está no desenvolvimento da forma-mercantil, ou como dissera o autor, “[...] entre as próprias categorias da economia mercantil-monetária e a forma jurídica existe uma ligação interna indissociável” (PACHUKANIS, 2017, p.63), em que “[...] a forma jurídica em sua versão mais desenvolvida corresponde às relações sociais burguesas capitalistas” (PACHUKANIS, 2017, p.117).

É nos fundamentos do desenvolvimento capitalista que se localizam as raízes materiais do direito, tal qual o conhecemos hoje. “A rela-

ção jurídica é a célula central do tecido jurídico, e apenas nela o direito se realiza em seu real movimento” (PACHUKANIS, 2017, p.97), de modo que “[...] a forma direito, expressa por meio de abstrações lógicas, é um produto da forma jurídica real ou concreta (para usar a expressão do camarada Stutchka) uma mediação real das relações de produção”. (PACHUKANIS, 2017, p.64). Essas, que aparecem simultaneamente enquanto “relações jurídicas”, são mediadas por sujeitos. Estes, por sua vez, nas palavras de Pachukanis, são o “átomo da teoria jurídica” (PACHUKANIS, 2017, p.117).

O elemento que articula essas relações é o *contrato*, elemento que permite aos distintos indivíduos intercabiarem diversas mercadorias na condição de sujeitos equivalentes. É “[...] apenas na sociedade capitalista burguesa, em que o proletário aparece na qualidade de sujeito que dispõe de sua força de trabalho como mercadoria, que as relações econômicas de exploração são mediadas juridicamente na forma de contrato” (PACHUKANIS, 2017, p.65).

Notemos que tal qual a mercadoria já existia em sociedades pré-capitalistas é possível apontarmos que também existiam formas embrionárias do direito. O que se inaugura na sociedade capitalista é que em paralelo ao processo de universalização das relações mercantis, generalizam-se, por sua vez, as relações jurídicas. Assim, “[...] na sociedade burguesa, em contraposição à escravagista e àquela baseada na servidão, a forma jurídica adquire significado universal, a ideologia jurídica torna-se ideologia por excelência” (PACHUKANIS, 2017, p.65).

“Ao lado da propriedade mística do valor aparece algo não menos enigmático: o direito”. (PACHUKANIS, 2017, p.124). O direito, enquanto forma jurídica, acaba por se constituir em uma mediação, estabelecida por meio de um contrato, que articula sujeitos distintos, mas equivalentes na condição de “sujeitos de direitos e proprietários” de mercadorias – ainda que alguns dos meios de produção, e outros de sua força de trabalho, em que “[...] a diversidade concreta de relações do homem com as coisas surge como uma vontade abstrata do proprietário e todas as particularidades concretas que diferenciam um representante da espécie de homo sapiens de outra diluem-se na abstração do homem em geral como sujeito de direito”. (PACHUKANIS, 2017, p.121).

DIREITO PENAL E ESTADO (PUNITIVO) COMO MECANISMOS NECESSÁRIOS DE CONTROLE SOCIAL

Em Pachukanis o direito é expressão das relações sociais burguesas e, até aqui, não diferenciamos qual espécie de direito, ou qual dos seus ramos. Isso porque, trata-se do direito em geral. Para fins da nossa problematização, tomemos como particularidade o papel exercido pelo direito penal, uma dimensão enfatizada em sua obra quando aborda as formas exercidas de controle quando da violação de direito. Como argumenta o autor “[...] se o direito privado reflete de modo bastante direto as condições mais gerais da existência da forma jurídica como tal, então o direito penal é aquela esfera em que a relação jurídica atinge a máxima tensão” (PACHUKANIS, 2017, p.166); é ele, afirma Pachukanis, “que tem capacidade de afetar o indivíduo de modo mais direto e brutal”, de forma que “[...] A lei e a pena por sua violação, em geral, estão intimamente associadas uma à outra e, dessa maneira, o direito penal como que assume o papel de representante do direito em geral, é a parte que substitui o todo”. (PACHUKANIS, 2017, p.167).

Tal qual nos outros ramos do direito não é a sociedade capitalista que cria o direito penal. É certo que ele já tinha existência anterior, ainda que articulado “ao costume da vingança de sangue” (PACHUKANIS, 2017, p.167), em que esta correspondia ao “*jus talionis*, ou seja, ao princípio da reparação equivalente” (PACHUKANIS, 2017, p.167). Entretanto, é também no capitalismo que a vingança é substituída por outras penas estabelecidas pelo princípio da equivalência. A ideia de equivalente, essa primeira ideia puramente jurídica, tem sua fonte na mercadoria. Aqui, a pena “surge como um equivalente que compensa o dano sofrido pela vítima” (PACHUKANIS, 2017, p.168). No direito penal essa expressão se reflete na proporção entre o delito e a reparação, que guardam condições análoga à proporção de trocas mercantis.

O direito penal é a expressão da necessidade permanente de controle social no capitalismo, dirigido aos processos de exploração do trabalho. Não nos parece acidental que já nos primórdios do capitalismo – e também ainda hoje – a maior parte dos delitos puníveis digam respeito ao “sacrossanto direito à propriedade privada”, a exemplo dos crimes de furto ou roubo. Além do mais, “ao lado da pena pública

como fonte de renda, muito cedo surgiu a pena como meio de manutenção da disciplina [...]” (PACHUKANIS, 2017, p.170). Como demonstraram os estudos de Melossi e Pavarini (2017), o surgimento de instituições punitivas de recolhimento, como as penitenciárias, está associado a necessidade de disciplinamento da, então nascente, classe trabalhadora. Nesse sentido, estabelecem os autores uma relação de dependência entre a “a fábrica e o cárcere”, em que este último representa o *modus operandi*, tanto para lidar com a rebeldia do proletariado, como para discipliná-lo em face da necessidade de subordinação de sua força de trabalho ao capital. Depreende-se desse processo “a necessidade de se adestrar para o trabalho manufatureiro os ex-camponeses que se recusam a se submeter aos novos mecanismos de produção” (MELOSSI e PAVARINI, 2017, p.13). Verificamos que

Nessa época, a justiça criminal se torna para poder já não tanto um meio de provisionamento de receitas quanto um meio de repressão implacável e brutal às “pessoas insolentes”, ou seja, na primeira linha estavam os camponeses fugidos da exploração insuportável dos senhorios e do Estado enquanto proprietário, as populações pauperizadas, os vagabundos, os mendigos, etc. Papel principal começa a desempenhar o aparato policial e inquisitório. As penas se tornam meios para extermínio físico ou de intimidação. (PACHUKANIS, 2017, p.171).

Assim se constrói, paulatinamente, uma rede complexa em que “[...] a sociedade burguesa, por meio de seu sistema de direito penal, assegura seu domínio de classe e mantém a obediência da classe explorada” (PACHUKANIS, 2017, p.171). Se essa tese fizer sentido, e cremos que o faça, acreditamos que tais mecanismos de controle se metamorfosearam ao longo do desenvolvimento capitalista, traduzindo-se em sofisticadas formas de controle social orientadas para o disciplinamento para o trabalho e correição dos segmentos “desviantes” – fundamentalmente, àquela parcela excedente ao usufruto da exploração do capital. Mais que isso: no contexto atual, de crise aguda do capital, em que se agudizam as chamadas expressões da “questão social”, aumenta-se a necessidade do exercício e sofisticação desse controle.

Não sendo uma vingança de um indivíduo contra outro, a ativação de formas de controle social necessita, por sua vez, da intermediação de um terceiro equidistante, sem o qual a própria legitimidade do direito penal perde a sua razão de ser. Referimo-nos a um elemento fundamental nesse processo, o Estado. Aqui, reside uma das mais profundas miragens da teoria política burguesa, que é a ideia – porque só nela é possível de se sustentar – de um Estado cuja jurisdição é operada em modo neutro, imparcial e para todos (*erga omnes*). “O Estado ‘moderno’”, dirá Pachukanis, “[...] é concebido no momento em que a organização do poder de um grupo e de uma classe inclui em seu escopo relações mercantis suficientemente abrangentes”. (PACHUKANIS, 2017, p.141). Aqui, o jurista russo vai na linha delineada por Marx e Engels, em meados do século XIX, para os quais o Estado moderno “não é senão um comitê para gerir os negócios comuns a toda classe burguesa” (MARX e ENGELS, 2010, p.42).

Aparecendo o Estado como uma figura imparcial, tutor da capacidade jurisdicional do conjunto da sociedade, “o poder ser torna um poder social, um poder público, que persegue o interesse impessoal da ordem” (PACHUKANIS, 2017, p.141). Em verdade, o Estado, como elemento necessário ao desenvolvimento do capital, se constitui como um “instrumento” de “domínio de classe direto e imediato” (PACHUKANIS, 2017, p.142). E, assim, ao apreender a natureza do Estado burguês, Pachukanis dissolve a vulgata corrente da consideração desse fenômeno como se fosse erguido sob a insígnia de uma pretensa “vontade geral”, proveniente da alienação dos diversos poderes conflitantes particulares em benefício de um elemento terceiro, capaz de estabelecer a arbitragem desses mesmos conflitos, revestindo-se de um poder impessoal, pairando acima da sociedade.

Acrescemos a esse debate as contribuições de Mascaro (2013) ao apontar a relação de dependência entre Estado e capital, que faz com que aquele seja guardião do processo de troca de mercadorias. Como um sistema de profundos conflitos resultantes dos processos assimétricos entre os sujeitos dela participantes, não seria possível o estabelecimento de um ambiente de paz perene. Por isso: “Na sociedade dos possuidores de mercadorias, a necessidade de uma coerção autoritá-

ria aparece quando a paz é violada ou quando os contratos não são cumpridos voluntariamente” (PACHUKANIS, 2017, p.147).

A inviabilidade daquela paz perene a que chamamos a atenção é tributária das contradições inelimináveis do sistema do capital, expressadas na luta das classes, em disputa. Desse modo, “[...] a sociedade de classes não é apenas um mercado, no qual se encontram os possuidores de mercadorias, mas é, ao mesmo tempo, a arena de uma feroz guerra de classes, na qual o aparato do Estado é uma arma poderosa” (PACHUKANIS, 2017, p.151). Convém apontar que em determinadas circunstâncias o caráter permanente da utilização desse aparelho se revela de modo mais expressivo, sobretudo quando a continuidade da dominação burguesa se vê ameaçada. Nessa direção, Pachukanis (2017, p.151) assevera que

Quanto mais a dominação burguesa for ameaçada mais comprometedoras se mostrarão essas correções e mais rapidamente o “Estado de direito” se converterá em sobra incorpórea, até que, por fim, o agravamento excepcional da luta de classes force a burguesia a deixar completamente de lado a máscara do Estado de direito e a revelar a essência do poder como a violência organizada de uma classe sobre as outras.

A essa capacidade punitiva do aparelho estatal, que chamamos de “Estado Punitivo” ou “Estado Penal”. Mas, vejam. Não se trata de um outro Estado, ou mesmo de sua forma excepcional, mas de um mecanismo permanente amalgamado com outras formas de consenso. Conforme destacou Pachukanis, “a jurisdição criminal do Estado burguês é o terror de classe organizado que apenas em certo grau diferencia-se das assim chamadas medidas excepcionais aplicadas no momento da guerra civil” (PACHUKANIS, 2017, p.172). Disso decorre a importância de mecanismos jurídicos que confirmam legitimidade e legalidade a atuação estatal, sobretudo por meio do direito penal. Convém alertarmos que mesmo em face da legitimidade estabelecida pelo direito penal, quanto mais tensa reveste-se a dinâmica entre as classes em disputa, quanto mais difícil consiste a sustentação da dogmática jurídica do bem comum, tanto

mais encarniçada será a resposta punitiva do poder de classe da burguesia, por meio do seu Estado, ou seja

Quanto mais aguda e tensa for essa luta, mais difícil se tornará exercer o domínio de classe na forma do direito. Nesse caso, o lugar do tribunal “imparcial” com suas garantias é ocupado pela organização da violência de classe direta, a qual em suas ações se orienta apenas por considerações de conveniência política (PACHUKANIS, 2017, p.174).

Conforme o extrato acima, o autor nos demonstra que a violência do Estado é, por excelência, a sua razão de ser, com ou sem o recurso ao direito penal. Ainda assim, argumentamos a importância que aquela ferramenta jurídica contém no processo de garantir legitimidade, no tocante à coerção operada através de mecanismos de consenso, sobretudo no atual quadro de acirramento dos conflitos de classes. No âmbito desses diversos conflitos e da necessidade de maior controle social, verifica-se o incremento, por exemplo, de ações voltadas ao chamado “controle da criminalidade”, demonstradas hoje sob a denominação das políticas de “*tolerância zero*” (cf. WACQUANT, 2018), promovendo um aprofundamento da *criminalização da pobreza*. Entretanto, ainda que com avanço de tais iniciativas, as observações de Pachukanis revelam-se bastante atuais na medida em que

[...] até a criminologia burguesa progressista chegou, teoricamente, à conclusão de que o combate à criminalidade, por si só, pode ser visto como uma tarefa médico-pedagógica que os juristas, com seus “corpos de delito”, seus códigos, seus conceitos de “culpabilidade”, de “responsabilidade ampla ou reduzida”, suas sutis diferenciações ente cumplicidade, participação, incitação etc., são absolutamente incapazes de resolver (PACHUKANIS, 2017, p.80).

Ao demonstrar a impossibilidade de resolução das contradições emersas no âmbito dos conflitos de classes, nos marcos das soluções intraburguesas, o jurista soviético nos lança a pensar que alternativas,

então, seriam possíveis com vistas a essa empreitada, de modo a possibilitar a superação do direito penal e seu “Estado punitivo”.

É POSSÍVEL A SUPERAÇÃO DO DIREITO PENAL?

Ante aos apontamentos que trouxemos ao debate, nos parece que um questionamento se torna fundamental: *se o direito penal, como uma particularidade do direito em geral, tomado no âmbito da forma jurídica, relaciona-se às estruturas do desenvolvimento capitalista, seria, então, uma condição ineliminável? Estaríamos “condenados”, então, no limite, à adoção de medidas mitigatórias de seus efeitos?* Não se trata, pois, de desconsiderar a importância de tais medidas, ainda que no limite da ordem estabelecida, como mecanismos imediatos de questionamento do próprio sentido da punição, ou mesmo da defesa imediata de direitos dos segmentos mais atingidos pela “mão firme” do “Estado Punitivo”. O que oferece Pachukanis à essa problematização é o limite de tomarmos como referência não só a chamada economia política burguesa, mas também sua correlata dogmática jurídica, para a qual evoca-se, *ad nauseam*, o mantra “*ubi societas, ibi jus*” (onde há sociedade, há direito), para os quais não há alternativas fora do direito. Isso porque, dadas as circunstâncias em que se processam essas apologias, a sociabilidade capitalista é concebida enquanto limite absoluto da civilização.

Por essa via interpretativa, se não estaríamos diante do “melhor dos mundos”, tratar-se-ia do que é possível, ou nos restaria um retorno à barbárie pré-capitalista. Em matéria de direito penal, por exemplo, em face da necessidade de rever as formas cada mais recrudescentes do “Estado punitivo”, não são raras demandas por *mecanismos despenalizadores*, para o *zelo pelo princípio da dignidade da pessoa humana*, pela *adoção de formas alternativas de resolução de conflitos*, enquanto mecanismos mitigadores do aumento daquela esfera que, a princípio, deveria constituir-se como uma *ultima ratio*, atuando, tão somente, como a última fronteira do poder de punir estatal.

Como destacamos, trata-se, ainda, mesmo dentro de uma luta anti-capitalista, de formas alternativas que, ao fim e ao cabo, realizam-se nos limites dessa sociabilidade. Podem, em alguma medida, ser inseridas em uma plataforma mais ampla, integrar aquele horizonte estraté-

gico direcionado à superação do jugo do capital. O risco, entretanto, é que, tomados de modo isolado, se limite à preservação da sociabilidade capitalista como o último bastião de preservação dos valores humano-emancipatórios. Para aqueles que buscam romper com esse canto uníssono, em direção ao que a uma sociabilidade emancipada, a argumentação pachukaniana nos brinda com outras provocações. Uma delas refere-se à possibilidade (ou não) de prevalência de formas jurídicas ressignificadas, aportadas em novas relações sociais. Ora, a conclusão do jurista russo nos parece taxativa:

Exigir do direito proletário seus próprios, novos, conceitos gerais é uma tendência que parece revolucionária *par excellence*. Contudo, na realidade proclama a imortalidade da forma do direito, pois aspira a extrair tal forma daquelas condições históricas fundamentais que asseguram seu completo florescimento, e declara sua capacidade de se renovar permanentemente. A extinção das categorias (precisamente das categorias, não de uma ou outra prescrição) do direito burguês de modo nenhum significa a substituição por novas categorias do direito proletário, assim como a extinção das categorias de valor, capital, lucro etc., na passagem para o socialismo desenvolvido, não vai significar o surgimento de novas categorias proletárias de valor, capital, renda, etc. (PACHUKANIS, 2017, p.77, grifos do autor).

Pelo exposto, vê-se que a radicalidade do pensamento pachukaniano nos leva a atenção de que não se trata de empreender esforços na elaboração de um novo direito, dado que a “extinção do direito burguês nessas condições significa do direito em geral, ou seja, o desaparecimento gradual do momento jurídico das relações humanas”. (PACHUKANIS, 2017, p.78). Tal constatação não deve, de modo algum, nos eximir de esforços em buscar formas de enfretamento da potência punitiva ao direito penal, mesmo com os seus limites. Todavia, como buscamos sustentar no presente texto, na análise pachukaniana, a anatomia do direito burguês – sua forma jurídica – está intrinsicamente relacionada à própria anatomia da sociabilidade burguesa. Mais uma vez o recurso à crítica da economia política do direito nos é fundamen-

tal, ou seja, identificar quais são as determinações genéticas que balizam a natureza e função do próprio direito na sociabilidade capitalista. Dessa compreensão decorre o fato da inviabilidade de superação do capitalismo sem a extinção de suas formas correlatas. Seria, digamos, uma difícil tarefa de contornar esse *contradictio in adjecto*.

Em consonância com o pressuposto marxiano, o jurista russo entende que o processo de transição para uma sociabilidade comunista não se dá em direção a novas formas de direito, mas com a “extinção da forma jurídica em geral, como uma extinção dessa herança da época burguesa que se destina a sobreviver à própria burguesia” (PACHUKANIS, 2017, p.79). A extinção dessa “herança” implica, como o dissemos, a extinção de todas as formas correlatas burguesas, inclusive à sua forma política, ou seja, do Estado. Desaparecendo a necessidade de preservação da troca de equivalentes mercantis, desaparece a necessidade de existência de um terceiro que, aparecendo na condição de um árbitro imparcial, cumpre a função coesiva e coercitiva de conservação dessas mesmas relações mercantis.

Uma vez dada a forma da troca de equivalentes, está dada a forma do direito e, assim a forma do poder político, ou seja, estatal, que graças a isso permanece por qual tempo nessas condições, mesmo quando já não existem mais divisões de classes. A extinção do direito, em com ela a do Estado, acontece apenas, de acordo com Marx, quando trabalho tiver deixado de ser mero meio de vida e tiver se tornado a primeira necessidade vital”; quando cada um trabalhar livremente nessas condições ou, como diz Lenin, quando estiver ultrapassado “o estreito horizonte jurídico burguês” [...] (PACHUKANIS, 2017, p.79)

Não pressupomos, pois, a possibilidade de inexistência de conflitualidade, ou mesmo de formas de violência, no âmbito do conjunto das relações sociais a vigerem, quando da superação da pré-história da humanidade, calcadas nos limites do capitalismo. O que nos parece que a análise pachukaniana traz em relevo é o caráter transitoriamente histórico de que tais conflitos demandem formas de resolução por meio dos mecanismos mobilizados pelo aparato jurídico-estatal, assen-

tando-se, desse modo, na necessidade do direito, inclusive do direito penal. Em outros termos, a eventual permanência de conflitos sociais não se configuraria razão determinante da existência de um direito (positivo ou consuetudinário) que discipline tais conflitos, tampouco de um organismo estatal capaz de impor tal disciplina. A preservação desses elementos é a denúncia tácita de uma forma social que se viu obrigada a manter-se de pé assentada na troca de equivalentes mercantis, da manutenção da propriedade privada e da exploração da força de trabalho. Corresponde a uma “sociedade que, devido às condições de suas forças produtivas, é *forçada* a conservar a relação de equivalência entre o trabalho gasto e a remuneração, que ainda remotamente lembra a troca entre valores e mercadorias, será *forçada* a conservar também a forma do direito”. (PACHUKANIS, 2017, p.80, grifos do autor).

Em face dessas constatações, vale ressaltar que se tais determinações são válidas para o direito em geral, também o são para o direito penal, vez que o “direito penal, assim como o direito em geral, é uma forma de relação entre sujeitos egoístas isolados portadores de interesse privado autônomo ou entre proprietários ideais” (PACHUKANIS, 2017, p.183). Desse modo, um empreendimento crítico ao direito penal, e a sua hiperutilização na cena contemporânea, passa pela discussão da possibilidade histórica não só da sua superação, mas da superação da forma jurídica em sua totalidade, processo para o qual implica a superação das bases materiais da própria sociabilidade burguesa. Se essa empreitada implica uma ação consciente de homens e mulheres imbuídos dessa tarefa, não tenhamos dúvidas que as contribuições de Pachukanis nos serve como um norte teórico incontornável.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente texto buscamos sinalizar algumas problematizações acerca das contribuições da obra de Pachukanis para a apreensão dos limites do direito penal na sociabilidade capitalista. Como apontamos, o ponto nodal da reflexão do autor refere-se à íntima relação entre direito e capitalismo, ou se quisermos, entre a forma jurídica e a forma mercantil-capitalista. Não se trata, assim, de um conjunto de normas que nascem das “cabeças iluminadas dos legisladores ou juristas”, mas

de determinadas relações econômico-sociais expressas em relações jurídicas, como condição necessária do próprio desenvolvimento capitalista. Se o direito civil, expressão das relações privadas capitalistas, representa a pedra de toque da proteção à propriedade privada, é no direito penal que se expressa a capacidade punitiva do Estado burguês, de não só garantir a manutenção daquelas relações mercantis, mas do permanente exercício de controle social das massas exploradas e expropriadas com vistas à garantia daquelas relações.

O direito penal e o Estado punitivo são dois mecanismos que representam a necessidade de preservação das relações capitalistas. Não nos parece acidental que em modo análogo às formas de equivalência mercantil, sobrevieram modalidades de dosimetria da pena – tipos penais e tempo de cumprimento – como mecanismos equivalentes à atuação estatal perante o crime. Revela-se, nesse sentido, um ledó engano, mesmo que com as melhores intenções, creditar a meios alternativos do direito penal, a capacidade, *per se*, de mitigar formas, cada vez mais recorrentes, de mobilização repressiva do Estado, ainda que estas se colocam como elementos importantes no enfrentamento à barbárie capitalista. Todavia, não nos iludamos. Não há capitalismo sem a mobilização permanente de seu aparato repressor, desde a chamada “acumulação primitiva” até os dias atuais, ainda que tal condição pareça se tornar mais evidente em momentos de crise capitalista, tal qual a que temos vivenciado desde a década de 1970.

O destino daqueles que veem a necessidade de esvaziamento do sentido objetivo de utilização do direito penal, deve associar-se ao destino daqueles que sustentam a necessidade histórica da superação do capitalismo. Para estes, não se trata, conforme argumenta Pachukanis, de buscar outras formas de vigência de normas jurídicas, mas, ao contrário, de sua superação, com a sucumbência da própria forma mercantil-capitalista. Até lá, certamente há um longo e árduo caminho pela frente, o que não nos exime da manutenção daquele horizonte estratégico.

REFERÊNCIAS

HIRSCH, J. **Teoria Materialista do Estado**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

KASHIURA JR, C.N. **Pachukanis e os 90 anos de Teoria geral do direito e marxismo**. Revista Verinotio revista on-line – n. 19. Ano X, abr./2015. Disponível em: <http://www.verinotio.org/sistema/index.php/verinotio/article/view/198/188>. Acesso em 30 mar 2020.

MASCARO, A. L. **Estado e Forma Política**. São Paulo: Boitempo, 2013.

MARX, K; ENGELS, F. **Manifesto do partido comunista**. São Paulo: Boitempo, 2010.

MARX, K. **O Capital** - Livro I – crítica da economia política: O processo de produção do capital. Tradução Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013.

MELOSSI, D. e PAVARINI, P. **Cárcere e Fábrica**. Revan. Rio de Janeiro, 2017.

NAVES, M. B. **A questão do direito em Marx**. São Paulo: Outras Expressões; Dobra, 2014.

WACQUANT, Loïc. **Punir os Pobres: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. [A onda punitiva]. Trad.: Sérgio Lamarão. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2018.

IPTU VERDE: DE MANAUS PARA O SENADO FEDERAL

Bárbara Dias Cabral

INTRODUÇÃO

A sigla “IPTU” significa Imposto Predial e Territorial Urbano. É uma espécie tributária de competência dos municípios, recaindo sobre o contribuinte que tenha propriedade de um imóvel em área urbana. Encontra respaldo constitucional, entre outros dispositivos, no art. 156 (BRASIL, 1988).

Uma Proposta de Emenda Constitucional busca alterar o supracitado artigo para prever que o IPTU não incida sobre áreas de vegetação nativa e que a alíquota seja fixada com base no reaproveitamento de águas pluviais, no reuso da água servida, no grau de permeabilização do solo e na utilização de energia renovável.

A Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas (ONU, 2015), preconiza na meta 17.1 do Desenvolvimento Sustentável, a afirma ser urgente: fortalecer a mobilização de recursos internos, inclusive por meio do apoio internacional aos países em desenvolvimento, para melhorar a capacidade nacional para arrecadação de impostos e outras receitas.

Visto que a melhoria do sistema tributário é preocupação a nível mundial, questiona-se: o IPTU Verde contribuiria para a consecução da meta 17.1 da Agenda 2030 da ONU? O trabalho justifica-se pela necessidade em apresentar ao mundo acadêmico o andamento legislativo da PEC 13/2019.

Tem por objetivo relacionar a PEC 13/2019 com os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável propostos pela ONU. A pesquisa tipifica-se em qualitativa, bibliográfica e interpretativa. Para tanto, o trabalho se propõe a apresentar um resgate doutrinário, legislativo e histórico do IPTU verde, bem como apresentar sua aplicação no Brasil e a PEC 13/2019.

1. RESGATE DOCTRINÁRIO, LEGISLATIVO E HISTÓRICO DO IPTU VERDE

O presente capítulo abordará uma breve explicação sobre tributo e espécies tributárias no Brasil, bem como o conceito de IPTU e IPTU verde. Por fim, apresentará o município de Manaus- Amazonas como berço do nascimento da PEC do IPTU Verde no Brasil.

1.1 Tributo e suas espécies tributárias

O conceito de tributo é eminentemente legal. Segundo o Código Tributário Nacional (CTN, 1966):

Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

[...]

Art. 5º Os tributos são impostos, taxas e contribuições de melhoria.

Já a Lei 4.320/64, em seu art. 9º, traz complemento ao conceito tributário acima apresentado:

Art. 9º Tributo é a receita derivada instituída pelas entidades de direito público, compreendendo os impostos, as taxas e contribuições nos termos da constituição e das leis vigentes em matéria financeira, destinando-se o seu produto ao custeio de atividades gerais ou específicas exercidas por essas entidades.

Observa-se que o tributo não é pago por ato volitivo do cidadão brasileiro, mas em estrito cumprimento de uma imposição legal.

(SCHOUERI, 2018, p. 150) Portanto, surge, destarte, a obrigação tributária, cabendo única e exclusivamente ao contribuinte cumprir com tal obrigação. Deduz-se também, da leitura dos artigos de lei já explicitados, que tributo é gênero, das quais são espécies tributárias os impostos, taxas e contribuições de melhoria.

Como o trabalho foca em discorrer sobre um determinado imposto, cumpre salientar seu conceito legal (CTN, 1966): Art. 16. Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte. Ademais, será possível observar aspectos característicos do Imposto Predial e Territorial Urbano.

1.2 O conceito de IPTU

A sigla “IPTU” significa Imposto Predial e Territorial Urbano. É uma espécie tributária de competência dos municípios, recaindo sobre o contribuinte que tenha propriedade de um imóvel em área urbana. Está regulamentado no Código Tributário Nacional (CTN, 1966), em seu Capítulo III, Seção II.

O IPTU tem como fato gerador a propriedade, conforme o art. 32 do CTN, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município. A base do cálculo do imposto é o valor venal do imóvel. (art, 33, caput).

Os incentivos fiscais são instrumentos baseados em desoneração tributária onde o Estado dispensa tratamento tributário diferenciado ao contribuinte (MARTINEZ, 2013). Na visão de Valéria Furlan (2004, p. 112):

A nosso sentir, os impostos – quanto ao critério da variação da alíquota ou da base de cálculo – podem ser classificados apenas em (1) aparentemente proporcionais e (2) progressivos (ou efetivamente proporcionais) e regressivos (ou efetivamente não proporcionais) – neste último caso, conforme o parâmetro que se tenha por referência.

Conforme o art. 34 do CTN, o Contribuinte do IPTU é o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título. Quanto ao critério temporal do IPTU, costumeiramente, há opção pelo dia 1º de janeiro de cada ano. Mas nada obsta o Município a dispor de forma diversa, de acordo com sua conveniência.

1.3 O conceito de IPTU Verde e sua fundamentação constitucional

IPTU Verde é (OLIVEIRA et. al., 2017) uma extrafiscalidade, que pode ser implementada pela Prefeitura, com o intuito de incentivar comportamentos ecologicamente corretos. Funciona da seguinte forma: recompensa, por meio de desconto no IPTU, por exemplo, residências que utilizam tecnologias sustentáveis e procedimentos ecologicamente corretos na construção ou em seus quintais.

Quanto a sua criação, deduz-se da leitura do Código Tributário Nacional ser legítima:

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre: I – propriedade predial e territorial urbana; II – (...) III – (...) IV – (...) § 1º Sem prejuízo da progressividade no tempo a que se refere o art. 182, § 4º, inciso II, o imposto previsto no inciso I poderá: I – ser progressivo em razão do valor do imóvel; e II – ter alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel.

O IPTU Verde tem como objetivo preservar, conservar e proteger o meio ambiente através de políticas que atenuem os impactos ambientais e promovam o desenvolvimento sustentável. Está de acordo com os princípios constitucionais extraídos do art. 225 da Carta Magna (BRASIL, 1988):

“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 cole-**

tividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (grifos da autora)

Assim, a Constituição Federal impôs ao poder público o dever de zelar pelo desenvolvimento sustentável, especialmente aos Municípios (art. 23, VI e VII). Neste sentido, faz-se necessária a criação de uma Lei que traga benefícios significativos à população, quando esta agir de forma ecologicamente correta no trato de sua propriedade urbana.

1.4bManaus: a inspiração ao IPTU Verde

Em 2013, foi criado pelo Vereador Mito, o Projeto de Lei de nº 128/2013. A ideia seria conceder a redução do IPTU (Imposto Predial e Territorial Urbano) às pessoas físicas e jurídicas que a realização de ações que pudessem contribuir para a proteção, preservação ou a recuperação do meio ambiente da cidade de Manaus.

Como incentivo, o art. 2º do mencionado PL, previa que a redução do IPTU seria, no máximo, de 20% (vinte por cento) do valor do imposto sobre a propriedade predial e territorial anual. Deveria ser concedido pelo período de cinco exercícios consecutivos, contados a partir do exercício seguinte ao da efetiva implantação das medidas de preservação ou recuperação do meio ambiente. Para ter acesso à redução do IPTU, seria preciso com que o contribuinte estivesse em dia com as suas obrigações tributárias junto à Prefeitura manauara.

Já o Projeto de Lei nº 248/2013, da Vereadora Socorro Sampaio, buscou instituir no âmbito do Município de Manaus, o Programa IPTU Verde, com o

“o objetivo de fomentar medidas de preservação, proteção e recuperação do meio ambiente, concedendo, em contrapartida, benefício tributário ao contribuinte”, fornecendo “benefício tributário de redução do valor do Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU), aos proprietários de imóveis residenciais e territoriais não residenciais (terrenos) que adotem medidas que estimulem a proteção, preservação e recuperação do meio ambiente” (MANAUS, 2013).

Ademais, apresentar-se-á o Projeto de Lei mais recente sobre a temática, além de experiências bem sucedidas de IPTU Verde em outros municípios brasileiros, de regiões diversas. Será mostrado também o PL manauara em tramitação na Câmara Municipal de Manaus, que também trata sobre o mesmo tema.

2.n O IPTU VERDE NO BRASIL E A PEC 13/2019

O presente capítulo relembrará o Projeto de Lei 151/2019 – Manaus. Após, apresentará a experiência de municípios brasileiros que implementaram o IPTU Verde. Em seguida, mostrará o andamento legislativo da PEC 13/2019. Por fim, apresentará a correlação da Agenda 2030 da ONU com os ditames da PEC do IPTU Verde.

2.1 O Projeto de Lei 151/2019, em Manaus

O vereador Professor Fransuá (PV) apresentou na Câmara Municipal de Manaus-CMM o Projeto de Lei nº 151/2019 (CMM, 2019), com o programa denominado “IPTU Verde” que prevê desconto de 6% no Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) para quem adotar medidas ambientais como a captação e reutilização da água da chuva. “O objetivo deste PL é criar medidas que preservem, protejam e recuperem o meio ambiente, mediante a concessão de benefício tributário ao contribuinte”, pontuou o autor.

Prevê a redução de 2% do IPTU aos proprietários de imóveis - residenciais ou não - que adotarem medidas como o sistema de captação de água da chuva, armazenamento em reservatório próprio e o sistema de reutilização de água, após o devido tratamento, no próprio imóvel para atividades que não exijam que a água seja potável.

O PL dispõe, ainda, 4% de desconto para os que utilizarem sistema de aquecimento hidráulico solar com **captação de energia solar térmica para aquecimento de água com a finalidade de reduzir parcialmente o consumo de energia elétrica**. Por fim, prevê desconto de 6% no valor do imposto para quem durante a construção, utilizar materiais sustentáveis comprovados mediante apresentação de selo certificado.

O referido Projeto de Lei Manauara foi apresentado à mesa da Câmara Municipal de Manaus no dia 8 de maio de 2019. Tramitou pela Comissão de Constituição, Justiça e Redação da casa (MANAUS, 2020). Estas são as últimas informações contidas no sítio eletrônico do órgão.

2.2 A experiência do IPTU Verde em municípios brasileiros

O desenvolvimento sustentável tem como uma das vertentes a implantação, nas residências, de ações que garantam uma mudança da política ambiental urbana na questão verde e, sobretudo, contribuam para um ecossistema equilibrado. Diversos municípios brasileiros já implementaram o IPTU Verde. Cabe aqui apresentar quatro exemplos.

Tais leis - adiante apresentadas - fundamentaram-se no art. 225 caput da CRFB/88 e na “fidelidade federal” (MACHADO, 2011, p. 406). Tal princípio conforme o jurista Alfred Hueck é aquele que: implica o dever de se abster de causar qualquer prejuízo aos interesses da comunidade.

Por meio do Decreto nº 378, de 03 de dezembro de 2002, Vila Velha - ES instituiu as normas e procedimentos para apresentação de requerimento objetivando a obtenção de isenção do Imposto Predial Territorial Urbano - IPTU, para imóveis considerados de valor histórico ou cultural e de preservação permanente.

Os vereadores de Curitiba aprovaram, em 14/04/2015, emenda ao projeto de lei de revisão o Plano Diretor de Curitiba (005.00047.2015) que cria o chamado “IPTU Verde” (CURITIBA, 2015). O texto determina que caberá à prefeitura estabelecer “incentivos” no IPTU para proprietários de imóveis que adotem práticas de preservação do meio ambiente.

Já Campo Grande- MS conta com a Lei Complementar nº153, de 20 de janeiro de 2010: por meio dela é possível ao contribuinte obter redução do pagamento do IPTU em caso de cumpridas certos requisitos de cunho ambiental. Salvador - BA possui a Lei nº 8.474, de 02 de outubro de 2013, que concede descontos no IPTU entre 5% e 10% através de um complexo sistema de pontuação.

2.3 IPTU Verde no Brasil: a PEC 13/2019

A Proposta de Emenda à Constituição nº 13/2019 alvitra alterar o art. 156 da Constituição Federal, para estabelecer critérios ambientais para a cobrança do Imposto sobre Propriedade Predial e Territorial Urbana e desonerar a parcela do imóvel com vegetação nativa.

Prevê que o IPTU não incida mais sobre áreas de vegetação nativa e que a alíquota seja fixada com base no reaproveitamento de águas pluviais, no reuso da água servida, no grau de permeabilização do solo e na utilização de energia renovável (SENADO, 2020). Possui natureza de ordem geral. Curiosamente foi classificado como Social – Meio ambiente.

O Projeto de Lei informa que o “IPTU Verde” poderá ser progressivo, em razão do valor do imóvel, bem como ter alíquotas diferenciadas. Fundamenta-se na Responsabilidade Ambiental, estimulando as municipalidades – dentro de suas limitações financeiras. Portanto, a inserção constitucional não obriga os Municípios a adotarem tal medida, mas o dá fundamentos constitucionais para tanto.

Plínio Valério explicou que, quando foi vereador em Manaus, tentou aprovar uma legislação local nesse sentido, mas a proposta foi considerada inconstitucional. Agora, porém, ele está conseguindo aprovar a lei de forma nacional, beneficiando todo o Brasil, avaliou (SENADO, 2019): É uma ironia não ter conseguido, há quatro anos, e conseguir agora. Mas é um esforço colaborativo. Vários senadores foram contribuindo durante as discussões para a melhoria da proposta.

Conforme informações (SENADO, 2020), a supramencionada PEC tramitou por todas as mesas necessárias. Até o último acesso da autora, em 09/04/2020, encontra-se SF-SLSF – Secretaria Legislativa do Senado Federal, pronto para deliberação do Plenário, aguardando inclusão em Ordem do Dia, desde 27/08/2019.

Para aprovação, a PEC passará por dois turnos de votação no Plenário do Senado. É necessário o voto favorável de três quintos dos senadores, ou seja; 49 votos. Se aprovada, a proposta seguirá para a Câmara dos Deputados, onde também precisará de três quintos dos votos dos 513 deputados (308 votos favoráveis).

2.4 A Agenda 2030 da ONU e o IPTU Verde

O desenvolvimento sustentável é um dos fatores que colaboram para o equilíbrio planetário: a Sustentabilidade (SACHS, 2002, p. 85-89); que é princípio constitucional, no Brasil (FREITAS, 2015, p. 406). A política pública estabelecida pela Agenda 21 – um dos principais resultados da conferência Eco-92 – deve ser inserida na vida dos moradores de cada município. “Pensar globalmente e agir localmente” está diretamente vinculado à implementação de novas tecnologias ambientais, e estas devem ser incentivadas pela administração municipal.

Para tanto, a ONU anunciou 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e 169 metas, que demonstram a escala e a ambição dessa nova Agenda universal. O meta nº 17.1 da Agenda 2030 aborda a necessidade de: fortalecer a mobilização de recursos internos, inclusive por meio do apoio internacional aos países em desenvolvimento, para melhorar a capacidade nacional para arrecadação de impostos e outras receitas.

Quanto mais um objeto é aceito pela comunidade internacional, mais ele se torna fácil e interessante no plano político de agir para a sua defesa (VARELLA, 2003, P.120). Eis o motivo para que a ONU recomende medidas protetivas para questões ambientais e tributárias.

Da análise de tal meta pode-se inferir que não há desenvolvimento sustentável numa nação sem um sistema tributário justo e equilibrado. Portanto, a Proposta de Emenda Constitucional nº 13/2019, que trata sobre o IPTU Verde seria um meio de tornar efetiva no Brasil a meta 17.1 da Agenda 2030 da ONU.

A estratégia legislativa para tal efetividade será o estabelecimento de critérios ambientais para a cobrança do Imposto sobre Propriedade Predial e Territorial Urbana –IPTU e a desoneração da parcela do imóvel com vegetação nativa. Segundo enquete no sítio eletrônico do Senado Federal (SENADO, 2020), até 09/04/2020, 97,35% dos cidadãos votantes são a favor de tal alteração constitucional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No século XXI, muito se fala em cidades sustentáveis; aquelas projetadas considerando os impactos socioambientais. Não é

um único fator que vai levar uma cidade a alcançar tal patamar, mas um conjunto de medidas em áreas diversificadas do prisma urbano. Uma das medidas que poderem colaborar para tal proeza é o IPTU Verde.

O Imposto Predial e Territorial Urbano-IPTU é tributo municipal, que encontra respaldo constitucional para existir. Porém, a CRFB/88 é omissa quanto à descontos e isenções a contribuintes que promovam ações ambientais em suas propriedades. Este é um fato que pode ser alterado por meio da PEC 13/2019, do Senado Federal. Este foi o tema do presente trabalho.

O primeiro capítulo abordou o conceito de tributo, estabelecido no art. 3º do CTN e explicados no artigo 5º do mesmo diploma legal e no art. 9º da Lei 4.320/64. O município não é obrigado a instituí-lo mas, uma vez o fazendo, torna-se compulsório ao contribuinte. Apresentou-se o IPTU como espécie tributária e o conceito de IPTU Verde. Apresentou dois projetos de lei sobre o tema no município de Manaus.

Pôde-se constatar, de acordo com os dados apresentados no capítulo nº 1, IPTU verde como uma legítima possibilidade constitucional – embora não haja um artigo específico sobre o tema. Por ser uma medida política-legislativa que traz consequências ambientais, estaria amparado pelo art. 255 da CRFB/88.

O segundo capítulo relembrou Projeto de Lei nº 151/2019, que institui o programa denominado “IPTU Verde”, em Manaus. Encontra-se em tramitação. Foi apresentado à correspondente mesa da Câmara Municipal, em 2019. Vila Velha, Curitiba, Campo Grande e Salvador são municípios apresentados pelo artigo, por disporem de legislações semelhantes.

Pôde-se verificar de acordo com o disposto no capítulo nº 2, a Proposta de Emenda à Constituição nº 13/2019, a qual busca critérios ambientais para a cobrança do Imposto sobre Propriedade Predial e Territorial Urbana e desonerar a parcela do imóvel com vegetação nativa. Caso seja aprovada, tal inserção ao texto constitucional não obrigaria os Municípios a adotarem tal medida, mas o daria fundamentos para tanto.

O 2º capítulo foi encerrado apresentando um argumento internacional para a aprovação da PEC nº 13/2019: a contribuição para a con-

secução de um dos objetivos do desenvolvimento sustentável propostos pela ONU em sua Agenda 2030. Não há desenvolvimento sustentável numa nação sem um sistema tributário justo e equilibrado.

Pelo texto da PEC, a utilização de energia de fontes renováveis (como eólica, fotovoltaica ou hídrica) pelos ocupantes da área lhes garantiria reduções progressivas no valor a ser pago no IPTU. Também terão garantidos descontos se mantiverem áreas permeáveis, não concretadas ou asfaltadas.

Conclui-se que seria positivo ao Estado brasileiro aprovar a PEC nº 13/2019, inserindo ao texto da CRFB/88 uma previsão ao IPTU Verde. Como não seria uma medida obrigatória, os municípios brasileiros poderiam aplicá-la a sua realidade com embasamento constitucional para a legislação municipal – caso houvesse condições para tanto. Em nome do bem-estar social e de uma melhoria na qualidade ambiental, é válida a aprovação da PEC nº 13/2019. Ela contribuiria para a sustentabilidade das cidades – medida que vai de encontro aos interesses da Organização das Nações Unidas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 5 de outubro de 1988.

CAMPO GRANDE. Lei Complementar nº 153, de 20/01/2010. Autoriza o Poder Executivo a criar o programa “IMPOSTO ECOLÓGICO”. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=173502> Acesso em 09 abr 2020.

CMM. Vereador Fransuá quer desconto no IPTU para quem capta e reutiliza água da chuva. Disponível em: <http://www.cmm.am.gov.br/vereador-fransua-quer-desconto-no-iptu-para-quem-capta-e-reutiliza-agua-da-chuva/> Acesso em 09 abr 2020.

CTN. 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.

CURITIBA. **Plano Diretor**: emenda cria “IPTU Verde”. Disponível em: https://www.cmc.pr.gov.br/ass_det.php?not=25559#&panel1-1 Acesso em 09 abr 2020.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**. In: Dicionário de Políticas Públicas: volume 2/ Carmen Lúcia Freitas de Castro, Cynthia Rúbia Braga Gontijo, Luciana Moraes Raso Sardinha Pinto (organizadores). – Barbacena: EdUEMG, 2015.

FURLAN, Valéria. **Imposto Predial e Territorial Urbano**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

MACHADO, Paulo Affonso Leme Machado. **Direito Ambiental Brasileiro**. 19ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011.

MANAUS. **Projeto de lei nº 248/2013**. Programa IPTU Verde. Câmara Municipal. Disponível em: http://www.cmm.am.gov.br/wp-content/uploads/2013/07/248_2013.pdf. Acesso em 09 abr 2020.

_____. **Projeto de lei nº 128/2013**. Concede a redução do imposto predial e territorial urbano às pessoas físicas ou jurídicas que desenvolvam ações de proteção, preservação ou recuperação ambiental no município de Manaus. Disponível em: http://cmm.am.gov.br/dl/?inp_ementa=&inp_autor=&inp_nro_proj=128%2F2013 Acesso em 09 abr 2020.

_____. **Consulta de Leis e Projetos**. Disponível em: http://cmm.am.gov.br/dl/?inp_ementa=&inp_autor=&inp_nro_proj=151 Acesso em 09 abr 2020.

MARTINEZ, A. L.; CUNHA, D. S. A.; NOSSA, V. **Incentivos fiscais verdes e tributação extrafiscal**: estudo sobre o IPTU verde no município de Vila Velha (es) comparativamente a outros municípios. Fortaleza, v.4, n.1, Jan/Jun. 2013 Disponível em: www.fate.edu.br/ojs/index.php/RRCF/index. Acesso em 09 abr 2020.

MANAUS. **Projeto de Lei nº 248/2013**. Programa IPTU Verde. Câmara Municipal. Disponível em: http://www.cmm.am.gov.br/wp-content/uploads/2013/07/248_2013.pdf. Acesso em 09 abr 2020.

OLIVEIRA, C. R.; GONÇALVES, R. R.; CARVALHO, A. B.; PORSSE, A. A. **O impacto da política pública de IPTU verde sobre a receita tributária do município de Curitiba**. Disponível em: https://www.anpec.org.br/sul/2017/submissao/files_I/i4f711d22ec2a56293c5f7ba7c32c9b309.pdf. Acesso em 09 abr 2020.

ONU. Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/> Acesso em 09 abr 20.

SACHS, Ignacy. **Caminhos para o Desenvolvimento Sustentável**. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

SALVADOR. **Lei nº 8474, de 02/10/2013**. Altera dispositivos da Lei nº 7.186, de 27 de dezembro de 2006, relativos ao pagamento, à isenção do Imposto Sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana - IPTU, concede incentivos fiscais, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=260282> Acesso em 09 abr 2020.

SENADO. **Proposta de Emenda à Constituição nº 13, de 2019**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135609> Acesso em 09 abr 20.

_____. **PEC do IPTU Verde já está pronta para ser votada pelo Senado**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/01/29/pec-do-iptu-verde-ja-esta-pronta-para-ser-votada-pelo-senado> Acesso em 09 abr 20.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018

VARELLA, Marcelo Dias. **Direito internacional econômico ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VILA VELHA. **Decreto nº 378, de 06 de dezembro de 2002**. Regulamenta a aplicação do inciso II do artigo 155 da Lei nº 3.375, de 14 de novembro de 1997, que trata da isenção do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana e dá outras providências. Disponível em: <http://www.vilavelha.es.gov.br/legislacao/Arquivo/Documents/legislacao/html/D3782002.html> Acesso em 09 abr 2020.

O NEOPROCESSUALISMO E O CÓDIGO PROCESSUAL DEMOCRÁTICO

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS

Luis Gustavo Barbedo Coelho Montes de Carvalho
Francisco de Assis Oliveira

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho invoca como nevrálgico a ideia que o sistema deve ser acessível e isonômico a todos, bem como que os frutos da constitucionalização dos princípios processuais deverão produzir resultados equânimes e equilibrados para uma sociedade mais justa e harmoniosa.

Traz a pesquisa uma investigação bibliográfica sobre o objeto (democracia processual e princípios), consubstanciando as desconstruções e repaginando as críticas existentes ao longo do tempo, especialmente sobre a questão da democratização de uma Lei Processual Civil (Lei nº 13.105/2015), bem como o viés constitucional da previsão dos seus princípios, conceitos e campos de atuação.

Cinge-se que, apesar do reconhecimento da existência dos direitos fundamentais assegurados pela Carta Magna de 1988, não é incontrovertido expor que muitos cidadãos não visualizam a concretização de tais garantias individuais e sociais no seu respectivo dia-a-dia.

Contudo, a intenção não é outra do que examinar acerca da conscientização democrática e da constitucionalização do processo civil, abarcando efusivamente os princípios processuais constitucionais como tema de suma importância.

2. O NEOPROCESSUALISMO – DA HISTÓRIA PROCESSUAL BRASILEIRA AO ATUAL CÓDIGO DEMOCRÁTICO DE PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO

Historicamente é cediço que as normas e os códigos processuais no ordenamento pátrio não detinham força democrática, haja vista como foram constituídos, bem como a época das suas lavraturas e dos reais acontecimentos (quando sancionados).

Defende-se que a sanção da Lei nº 13.105/2015, instituidora do atual Código de Processo Civil, vêm ilustrar sua condição de ser o primeiro “Código Democrático”.

Para melhor entendimento, cumpre trazer à tona a história processual pátria, especialmente após rompidos os laços de dominação política com Portugal, na qual se mandava aplicar no Império as Ordenações do Reino (*in casu*, as “Filipinas”). Em seguida, à luz da Constituição de 1824, o movimento de codificação dedicou-se a criação: a um, do Código Criminal do Império do Brasil, pela introdução da Lei de 16 de dezembro de 1830, cujos 313 artigos foram distribuídos em quatro partes distintas; a dois, do Código de Processo Criminal de Primeira Instância, nos limites da Lei de 29 de outubro de 1832, responsável por reger não só o procedimento criminal, mas também as disposições provisórias sobre a Administração da Justiça Civil; e, a três, o Código Comercial instituído pela Lei nº 556, de 25 de junho de 1850, o qual fora regulamentado pelo Decreto nº 737, de 25 de novembro de 1850 (popularmente denominado Regulamento 737).

Assim, com o advento da República (1889), o Regulamento 737 (que disciplinava o processo comercial) foi significativamente estendido ao processo civil. Em 19 de setembro de 1890, o Decreto nº 763 determinou a aplicação do Regulamento nº 737 de 1850 a todas as causas

de natureza processual civil. Destarte, nasce a duras penas o primeiro “Código” de Processo Civil.

Posteriormente, em coerência com a estrutura federal assumida pela República, a Constituição de 1891 consentia a cada Estado a faculdade de legislar em matéria processual. Deste modo, no início do século, verifica-se o florescimento de códigos emanados por diversos Estados da Federação e inspirados, prioritariamente, pelo Regulamento 737 (LIEBMAN, 1962, p. 483-484).

Através da publicação do Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939, foi consagrado o primeiro Código formalmente dedicado ao Processo Civil, adotando a ideia de um sistema de unidade processual, mas ainda com uma preponderância de elemento político sobre a questão técnico-jurídica, haja vista que o Código se inspirava a uma concepção de processo de um Estado Forte - Estado Novo (SANTOS, 1959).

De peculiar, o Código de Processo Civil foi instituído por uma forma legislativa atípica, o Decreto-Lei, validado pelo art. 180 da Constituição de 1937, mas injustificado sobre o ponto de vista da gestão popular dos atos públicos, haja vista que se trata de um ato do chefe do executivo sobre matéria a ser submetida ao legislativo sem lhe ser posta a apreciação, tornando o ato praticamente unilateral e pessoal (*in casu*, o Presidente da República, Getúlio Vargas, acolhendo o Projeto do Ministro da Justiça, Francisco Campos).

O Código de Processo Civil de 1939 foi sustentado sob a regência da Constituição de 1946, entretanto ainda merece ressalvas que o ordenamento sofreu violento impacto em 1964, haja vista a instauração de um regime autoritário militar de exceção que suprimiu os direitos constitucionais. Tal engodo rascunhou as outorgas das Cartas Políticas que lhe vieram em sucessão (Constituição de 1967, ora acoimada numa série de Atos Institucionais que legitimavam o governo arbitrário; e, logo depois, a EC nº 1/1969, que, propondo a reestruturação da ordem constitucional vigente, implementou mudanças substanciais permitindo o reconhecimento como verdadeira nova Constituição).

Neste ambiente foi que se promoveu a reforma processual civil de 1973, vide a revogação do Decreto-Lei nº 1.608/1939 (CPC/1939) pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (CPC/1973), então sancio-

nada pelo Presidente militar Emílio Garrastazu Médici, o qual acolheu projeto de lei elaborado pelo então, naquela época elevado a Ministro da Justiça, Alfredo Buzaid.

Consequentemente, o Código de 1973, mesmo que de pontual necessidade, mais ainda sob um regime autoritário, foi precedido de falhas e, ao passar do tempo, ficou reconhecido como uma verdadeira “colcha de retalhos” (teve modificações inclusive ainda sob a *vacatio legis*), percebendo-se um histórico de constantes inovações e alterações, especialmente aquelas que ocorreram depois da promulgação da Constituição de 1988.

Ao reboque da perda de identidade do CPC/1973 por força das alterações e, principalmente, da orientação de adequação à norma constitucional, veio à lume o processo legislativo garantido, pela primeira vez na história do Processo Civil Brasileiro, pela Constituição de 1988 de notória inspiração democrática. Em epítome, a dinâmica de sanção da Lei nº 13.105/2015, instituidora do atual CPC, permite afirmar que, diferente dos diplomas anteriores, observou o processo legislativo os valores democráticos garantidos constitucionalmente, não só por ter cumprido fielmente as disposições legais de tramitação, mas por ter envolvido os mecanismos de representação democrática.

Por fim, afagam PIRES, OLIVEIRA e CARVALHO (2016, p. 35) que pela primeira vez no constitucionalismo brasileiro, o Projeto de Elaboração do Código de Processo Civil tramitou por procedimento legislativo democrático que abstraído do clamor social numa leitura institucional deu vazão a necessidade de zelar pela reforma processual tendente a perquirir a prestação mais célere da jurisdição, no sentido de entregar, em prazo razoável, o conteúdo material das decisões judiciais aos titulares dos respectivos direitos.

3. A INFLUÊNCIA CONSTITUCIONAL NO ATUAL CÓDIGO PROCESSUAL

Como explicitado alhures, o processo legislativo para a implementação da nova ordem processual civil teve inspiração democrática na Constituição Federal de 1988, ou seja, ao se reconhecer o atual CPC como um Código democrático há que se conceber que o sistema

processual civil deve proporcionar à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, harmonizados pelas garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito.

A leitura que se vê proposta foi a de uma garantia da liberdade em tom de igualdade na preservação de direitos individuais, além da imposição de deveres institucionais e acesso aos bens sociais, transmutando um novo processo civil em democrático (neoprocessualismo).

Deste modo, em alvitre, para que se reconheça o caminho a ser traçado, exige-se que a democracia possua um grau de “liberdade” garantida por lei, ora justificada pelo princípio da representação, em que, conforme RAWLS (2008. p. 274), os cidadãos devem transferir seus poderes políticos para “um corpo de representantes escolhido para exercer mandatos delimitados durante um período determinado, por um eleitorado ao qual esses representantes devem prestar contas”, o qual deve ser orientado pelo princípio da participação “em que todos os cidadãos tenham um direito igual de participar do processo constituinte que define as leis às quais devem obedecer, bem como o seu resultado final” (RAWLS, 2008. p. 273).

Neste desígnio, para o ordenamento processual civil se ajustar a ordem constitucional, consigna-se que a releitura do constitucionalismo, do liberalismo e do positivismo jurídico, convergiu para uma novel acepção do princípio da legalidade, em que conforme HABERMAS (1997. p. 216), o princípio da legalidade da administração constitui “o sentido nuclear da divisão de poderes”, especialmente quanto à regulamentação da relação entre fundamentação e aplicação das normas que leva a limitação do poder administrativo em face do direito criado pela via democrática legitimada, em última instância, pelos cidadãos. Neste sentido, impõe-se uma «reserva da lei» também para a relação entre o Executivo e o Legislativo, de sorte que os atos praticados em aversão à lei sejam considerados nulos, isto é, num tom mais direto, “significa que o poder administrativo não pode interferir em processos de normatização do direito e da jurisdição” (HABERMAS, 1997. p. 216/217).

Dentre as diversas formas de caminho e busca de uma possível equalização, nasce a expressão “constitucionalização do Direito”, que através de BARROSO (2006. p. 30), tem-se uma ideia que a respectiva constitucionalização está associada a um efeito expansivo das nor-

mas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Doutrina-se ainda que, 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, inclusive defende os autores do presente trabalho estar intrínseca ao atual Código Processual.

Neste desiderato, a democratização e a constitucionalização do Direito encontra guarida na redação inaugural do art. 1º do atual CPC: “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.”.

4. O QUE SÃO PRINCÍPIOS?

A palavra princípio vem do latim *principiu*, o que permite sua associação a ideia de começo, origem, início, fonte, etc. Destarte, significa o início de algo, o que vem antes, a causa, o começo e também um conjunto de leis, definições ou preceitos utilizados para nortear o ser humano. Cumpre esclarecer que os princípios também podem estar associados às proposições ou normas fundamentais que norteiam os estudos, sobretudo os que regem o pensamento e a conduta. No âmbito filosófico, os princípios, enquanto regidos pelas leis morais, são valores que o indivíduo considera adotar de acordo com o que diz sua consciência, ora adjuntos à liberdade individual, já que são normas propostas sem pressão externa, ligadas a fatores externos e instituições sociais que possui determinada influência no comportamento social.

No entanto, não é suficiente as explicações alhures para traduzir a densidade do seu significado no nosso universo jurídico, portanto corrobora-se o conceito de MELLO (1991, p. 230) que denota que princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema e verdadeiro alicerce, irradiando sobre diferentes normas, além de compor o espírito e servir de critério para sua compreensão e inteligência, ou seja, tende a definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica o sentido harmônico.

5. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS – A EXTREMA RELEVÂNCIA TRAZIDA POR DWORKIN

Os princípios constitucionais são os valores básicos da ordem jurídica que incluem os princípios fundamentais e os princípios jurídicos. Os princípios constitucionais são a espinha dorsal do sistema normativo, tendo em vista que são os alicerces sobre os quais se constrói o ordenamento jurídico. De acordo com NUNES (2002, p. 37), os princípios constitucionais se destacam por ser aqueles que dão estrutura e coesão ao edifício jurídico. Cinge-se que os princípios constitucionais possuem como base a regulação das relações jurídicas, trazendo à baila à luz da interpretação das diversas outras normas jurídicas, possibilitando inclusive uma distinção hermenêutica e axiológica. Esclarece NUNES (2002, p. 37) que surgindo uma aparente antinomia entre os textos normativos da Constituição, ela será resolvida pela aplicação do princípio mais relevante no contexto (proporcionalidade), bem como nenhuma interpretação será tida por jurídica se atritar com um princípio constitucional. Para CANOTILHO (1999) tem-se a existência dos princípios constitucionais estruturantes, constituídos pela conexão do próprio prolegômeno democrático e o Estado de Direito, o que de certo em junção forma o Estado Democrático de Direito.

Outrossim, a conceituação do instituto “princípios jurídicos” sofre mazelas e transformações de ordem social e política hodiernamente, especialmente a dicotomia trazida pelo “jusnaturalismo” e “juspositivismo”, bem como pelas doutrinas pós positivistas. Em síntese, DWORKIN (2002, p. 35) defende uma linha crítica ao normativismo jurídico, conjecturando o pensamento de Herbert L. A Hart, que conforme explicita REALE (1993, p. 331-332), possui sua teoria fundamentada na existência de uma regra de conhecimento, o que daria na aceitação por parte da sociedade que determinada regra jurídica só existe em função de assentada prática social, sendo então essa uma das condições de validade com diferença para cada sistema jurídico. Na teoria “hartiana” o direito normatizado deveria responder a todas as questões juridicamente suscitadas, ou seja, se não puder resolver, o magistrado não poderia usar seu poder discricionário e criar o direito

aplicável ao caso. Esta criação, na visão de Hart, seria oriunda de uma fonte externa e alheia ao Direito. A crítica sobre a teoria de Hart, conforme preceitua DWORKIN (2002, p. 23), descreve que a proposição “hartiana” avoca o direito como um sistema formado unicamente por regras, ou seja, não alcançando um processo cognitivo de argumentação desenvolvido nos chamados processos anômalos e mais complexos. Neste prisma, os princípios não deveriam ser analisados através de um método formal, mas sim de modo que o modelo de regras positivistas deveria ser substituído por um modelo compreensivo de princípios, além de outros padrões jurídicos (hermenêuticos).

Assim, os princípios não estabelecem as condições que tornam sua aplicação necessária (como as regras), mas apenas conduzem a argumentação numa certa direção, pois dentro da concepção de “dworkiana” se a justiça é a precípua finalidade do Direito, e seu fio condutor são os valores fundamentais de uma sociedade, uma regra jurídica não deve contrariá-la, isto é, quanto aos princípios, leva-se a crer que estes devem ser relevantes e considerados com a maior importância possível dentro de um sistema jurídico.

6. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PROCESSUAIS NO ORDENAMENTO PÁTRIO

Ensina CÂMARA (2013, p. 535), antes mesmo da promulgação do atual CPC, que o processo civil brasileiro é construído a partir de um modelo estabelecido pela Constituição da República. É o chamado “modelo constitucional de processo civil”, expressão que designa o conjunto de princípios constitucionais destinados a disciplinar o processo civil.

Contudo, após a promulgação da Lei nº 13.105/2015, eclode a eficácia imediata dos direitos fundamentais, aliada a percepção do compromisso, firmando assim uma releitura da lei normativa processual civil e o enfrentamento pontuado constitucionalização dos princípios processuais. Neste logradouro, assinala-se que, no processo civil constitucionalizado (CPC, art. 1º), os princípios serão irradiados como pilares, validando, direcionando e limitando a atuação de todos os sujeitos e interessados do processo. Com efeito, merece ser trazido ao contexto alguns princípios constitucionais, senão vejamos.

6.1 PRINCÍPIO DA DEMANDA (PRINCÍPIO DA QUEBRA DA INÉRCIA DA JURISDIÇÃO, PRINCÍPIO DISPOSITIVO, PRINCÍPIO DA INICIATIVA DAS PARTES).

O CPC em seu art. 2º estabelece que o processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei. Destarte, o Princípio da Demanda é também conhecido como da “iniciativa das partes”, em que se atém na atribuição da parte de provocar o exercício da função jurisdicional. Entende-se por função jurisdicional o poder que o Estado tem de aplicar a lei para resolver conflitos de interesses, e denomina-se de direito de ação, o direito constitucional, abstrato, subjetivo e incondicionado de buscar a tutela do Estado para a satisfação de uma pretensão. Salienta-se que não se confunde Direito de Ação com a Ação propriamente dita, pois a Ação é a própria materialização do “Direito de Ação”, possuindo a Ação requisitos e sendo condicionada.

Compreende-se que a jurisdição é inerte, mantendo-se os brocardos romanos do *ne procedat iudex ex officio* (o juiz não age de ofício) e *do nemo iudex sine actore* (ninguém é juiz sem autor), sustentáculos da força do direito de ação imiscuído no princípio da demanda, que se mantém, livre e incontroversamente, à disposição do autor da ação (PIRES, OLIVEIRA e CARVALHO, 2016, p. 37). Ressalva-se pela existência de pequenas exceções expressamente previstas em lei (p. ex. CPC, art. 977, I - IRDR), o processo de natureza cível tem início tão somente a partir de iniciativa da parte (CPC, art. 2º).

6.2 PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO (DO ACESSO À JUSTIÇA)

O *caput* do art. 3º do CPC acolhe, processualmente, o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição consagrado no art. 5º, XXXV da CRFB/1988, *in verbis*: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Quanto ao acesso à justiça, cumpre mencionar que a Constituição Federal de 1988 a erigiu como um dos princípios fundamentais

da República Federativa do Brasil. Por esse comando constitucional não se pode impedir que o jurisdicionado procure o Estado-Juiz para pleitear aquilo que entende como lhe sendo devido. Destaca-se que a expressão acesso à justiça não envolve tão somente espécie de análise jurídica, mas também abrange sinuosidades sociais. Para SILVA (2000, p. 155) o acesso à justiça não é só uma questão jurídico-formal, mas é também, especialmente, um problema econômico-social, em que se vê uma dependência da remoção de vários obstáculos de caráter material, para que aqueles que possuem condição mais parca possam gozar do princípio em comento.

Ao se permear o assunto, não se pode olvidar de repaginar as questões enfrentadas por CAPELETTI e GARTH (1988, p. 8), os quais afirmam que a veemente acessibilidade tende a determinar duas finalidades básicas do aparelhamento jurídico pelo qual as pessoas podem “reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios”, isto é, a um, “o sistema deve ser igualmente acessível a todos”; e, a dois, “ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos”.

Aduz-se que a jurisdição é direito de todos e dever do Estado, pois a sua negativa ou a respectiva oferta insuficiente, seja do próprio objeto da prestação ou do tempo a ser desempenhado (razoável duração), atrela-se ao descumprimento do dever positivo de que se não pode escusar a pessoa estatal, acarretando a sua responsabilidade integral (ROCHA, 1990, p. 32). Ratifica-se que a previsão constitucional do art. 5º, XXXV e LXXIV, vincula a inafastabilidade e a necessária prestação jurisdicional.

6.3 PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

No âmbito processual, o CPC trouxe em seu art. 4º a questão primordial da razoável duração do processo, tendo em vista que o princípio da razoável duração do processo foi alçado à condição de norteador da nova lei, além de se lhe reconhecer a condição de ideário da nação desde que protegido sob a condição de cláusula pétrea (art. 5º, LXXVIII).

Nesta esguelha, o então Ministro Luis Fux enfatizou na concepção do CPC que o prazo para a satisfação da demanda se dá pela “afe-

rição do homem médio comum”, ou seja, é razoável “que o processo, na primeira instância, se ele for um processo de massa, que interesse a milhões de brasileiros, deva terminar em um ano”; outrossim, “se for um processo individual, com as suas peculiaridades, em dois anos”; e, ainda destacou que a ideia é que “o processo termine, com o último recurso, em quatro anos”, afirmando enfim que “isso é o prazo razoável.”

6.4 PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO

Apesar de não estar insculpido na Constituição também como forma expressa, o CPC trata de um outro princípio de relevância, ora denominado de Princípio da Cooperação, com fulcro em que preconiza seu art. 6º: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

A doutrina através de MARINONI (2015, p. 100) esclarece que o problema central do processo está na equilibrada organização do seu formalismo, melhor dizendo na divisão do trabalho entre os seus participantes. Neste caso o modelo de processo justo é o modelo cooperativo, isto é, pautado pela colaboração do juiz para com as partes. Como bem se verifica tal princípio não é apenas diretivo, mas sim um desdobramento de outros princípios salutares constitucionais (p. ex. devido processo legal e razoável duração do processo), ou seja, o significado da colaboração processual tem como paradigma obter com brevidade a eficácia e justa composição do litígio, através da condução cooperativa do processo, sem espaço para protagonismos, pois entende-se a existência de apenas “uma relação jurídica”, mesmo que com teses antagônicas.

In casu, DONIZETTI (2016, p. 42-43) explicita que a doutrina brasileira importou do direito europeu o princípio da cooperação (ou da colaboração), segundo o qual o processo seria o produto da atividade cooperativa triangular (entre juiz e as partes) – *actum trio personarum*. Deste modo a moderna concepção processual exige um juiz ativo no centro da controvérsia e a participação ativa das partes e todos aqueles que atuem no processo.

6.5 PRINCÍPIO DA ISONOMIA E DO CONTRADITÓRIO

A igualdade constitui o silo fundamental da democracia, mesmo que a sua difusão muitas das vezes contrarie globalmente a classe dominante. Cumpre conceituar a igualdade, mesmo que historicamente sua propagação tenha sido sempre extremada nos debates, sob a égide de três posições antagônicas (SILVA, 2003, p. 210–211), sendo a primeira dos “nominalistas”, que sustentam que a desigualdade advém da característica do universo, portanto, não se trata de mero nome, pois os seres humanos nascem e permanecem sempre desiguais (p. ex. Aristóteles e Platão). Já a segunda vertente vem dos “idealistas”, os que almejam uma igualdade absoluta, ou seja, uma plenitude de igualdade entre os diversos seres humanos (p. ex. Rousseau). Por último, temos a conhecida como “realista”, a qual identifica que os seres humanos, em essência, não podem ser desiguais sob múltiplos aspectos, isto é, não há como se admitir quaisquer espécies de desigualdades, salvo as fenomênicas (p. ex. social, política, moral, etc.).

A Constituição Federal Brasileira prevê o princípio da igualdade em seu art. 5º, *caput*, bem como o atual CPC no seu art. 7º: “É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório”. No campo legal o artigo fixa a igualdade processual sobre o princípio da paridade de armas, pelo qual o tratamento (principalmente o normativo) deve ser idêntico a ambas as partes.

Para DIDIER (2019, p. 217) o princípio da igualdade processual se observa desde a imparcialidade do juiz (equidistância em relação às partes), a igualdade ao acesso à justiça, sem qualquer discriminação, a redução das desigualdades que dificultem o acesso à justiça, a questão geográfica (logística) e, por último, a questão de comunicação (p. ex.: intérprete, vide CPC, art. 162, III).

Assim, no contexto, torna-se processual também o princípio do contraditório (CRFB/1988, art. 5º, LV), conforme compreende o CPC no art. 9º (“Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida” – salvo algumas exceções positivas), bem como no art. 10º (“O juiz não pode decidir, em grau algum

de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”).

Verifica-se estar pousada na legislação uma moderna concepção do princípio do contraditório, haja vista sua forma substancial, ratificando o princípio da isonomia, haja vista que não podem ser afastados a ciência quanto à existência do processo e o acesso ao seu conteúdo (citação e publicidade), bem como a possibilidade de se manifestar quantos aos fatos e alegações, além que as manifestações apresentadas pelas partes sejam racionalmente consideradas pelo juízo. A junção destes rudimentos prescreve a linha da democracia e de um Estado Democrático de Direito.

6.6 PRINCÍPIO “HÍBRIDO” - DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA EM CONJUNTO A PROPORCIONALIDADE, RAZOABILIDADE, LEGALIDADE, PUBLICIDADE E EFICIÊNCIA

Cuida o CPC no art. 8º dos limites subjetivos da interpretação da norma jurídica à luz do caso concreto, portanto um princípio híbrido devido a junção de diversos ícones.

O artigo em comento inicia-se fazendo menção aos fins sociais do processo, o que se entende que o processo não está mais sendo reconhecido como instrumento de satisfação do direito material, conforme relata AMARAL (2015, p. 60) o “processo não está mais reduzido a um mero instrumento do direito material”, bem como, pode afirmar ser hoje, a realização de Justiça, ou seja, tal constatação em nada infirma a “existência de um escopo social do processo”. Outrossim, a parte final do dispositivo em questão revela o fenômeno da constitucionalização do processo, vide os limites subjetivos processuais (ideológicos, mediato e imediatos).

Nesse diagrama, ALEXY (1993) denota que havendo colisão entre dois ou mais princípios reconhecidamente válidos em nosso sistema normativo, dar-se-á prevalência ao princípio de maior peso, levando-se em conta as circunstâncias do caso concreto. Registra-se a supremacia do princípio de maior densidade (“lei da colisão”).

Há que se destacar a preocupação do legislador com a aplicação da norma jurídica nos limites integrativos da nova ordem processual civil, avocando desde o caráter do exercício da soberania popular (legitimidade do poder político), para fins sociais e bem comum, impondo um ambiente democrático supranacional (dignidade da pessoa humana), para enfim culminar com princípios básicos de preservação da equânime distribuição da justiça (proporcionalidade, razoabilidade, legalidade, publicidade e eficiência), conforme definem PIRES, OLIVEIRA e CARVALHO (p. 40).

6.7 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE E DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES

Consagra *a priori* o CPC no art. 11 o princípio da publicidade e da fundamentação das decisões, acolhendo o Código Processual Civil integralmente a regra constitucional ínsita no art. 93, IX da CRFB/1988.

Nesta passagem, o princípio da publicidade funda-se na concepção pública de jurisdição em ambiente de transparência pelo qual a “prestação da justiça” não pode ser mantida, em regra, em segredo; ao contrário, deve ser dada a oportunidade de a sociedade acompanhar e fiscalizar o exercício da jurisdição, exceto no balizamento/limitação dos “casos de segredo de justiça” (CPC, art. 189). Noutro norte, advogam PIRES, OLIVEIRA e CARVALHO (p. 41) que o princípio da fundamentação das decisões (ou da motivação) indica que as decisões tomadas pelo juízo devem ser justificadas em norma jurídica devidamente interpretada à luz dos limites subjetivos, com observância aos limites objetivos abstraídos das provas hábeis e da formação do convencimento sobre a verdade dos fatos.

7. CONCLUSÃO

Sem a intenção de esgotar a temática desenvolvida, conclui-se que após a Constituição Federal de 1988 a questão democrática tomou contornos transformadores e renovatórios.

Credita-se que tais transformações trouxeram a necessária constitucionalização processual, com a intenção de uma interpretação axiológica

e homogênea, visando a possibilitar uma virtude democrática de maior acesso à justiça, o que se espera de um código processual civil.

Assim, defende-se que pela primeira vez existe um Código de Processo Civil democrático, o qual adveio a partir dos anseios populares, após ganhar acolhida institucional ao ser submetido ao trâmite legislativo integral, tendo como método de trabalho a transparência e a publicidade.

Neste paradigma, busca-se uma democracia participativa, baseada nos princípios constitucionais correlatos, permitindo o reconhecimento do ser humano no próprio Estado Democrático de Direito em que vive, dando supremacia principiológica à vontade restritiva das leis (adequação legal). Na história atenta-se acerca de um engessamento, no qual as fundamentações decisórias não poderiam ser pautadas em princípios (juspositivismo), ou seja, em uma verdadeira negação da lógica dos juízos de valor no raciocínio jurídico frente à completude objetiva do ordenamento legiferado.

DWORKIN (2000, p. 105-152), propôs-se a apresentar um modelo normativo cujo cerne é o reconhecimento dos princípios como normas jurídicas, utilizando desta forma espécie de distinção lógica entre regras, princípios e políticas. Com isso, aproveitando-se da questão relevante, visualiza-se que a absorção dos princípios constitucionais pelo novel Processo Civil envereda cada vez mais a jurisdição a uma maior acessibilidade e amplitude, resguardado a uma segurança jurídica trazida pela própria Carta Magna.

Não distante, ALEXY (1993, p. 86), absorvendo a teoria “dworkiana”, afirma que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, estando caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus, diferentemente das regras, que a contrário *sensu* são normas que podem ser cumpridas ou não. É cediço que o reconhecimento do caráter normativo e vinculante dos princípios, em última análise, é pressuposto de efetividade e continuidade do sistema jurídico normativo, sendo que sua negação equivale a não reconhecer a força jurídica ativa dos valores inerentes à sociedade, relegando-os à condição de simples ideário como um mero caractere de intenções sociais (MACHADO, 2011).

Aduz-se por fim que, ao ser verificada a constitucionalização dos princípios processuais, tem-se uma melhor vertente e abrangência da acessibilidade, pois assim se permite uma interpretação legislativa mais compreensiva e adequada aos anseios, visto que se permite a sinalização de maior contribuição a um modelo democrático e protegido em busca da paz social e da incansável acessibilidade à justiça, com a participação em conjunto/cooperativa de todos os envolvidos. Compreende-se, portanto, que aceitar a constitucionalização dos princípios é reconhecer que o processo histórico de transformação da humanidade e sua ratificação por uma lei superior é a afirmação dos valores construídos, assegurando-se por esse meio os direitos e garantias fundamentais na seara processual, todos atributos pertencentes a um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 86.
- ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.
- BRASIL. *Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015)*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acessado em 07/04/2020.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 20ª. ed. São Paulo: Atlas, 2013. V. 3. p. 535.
- CANOTILHO, J.J Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1999.
- CAPPELLETTI, Mauro e Bryant Garth. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Grace Northfleet. Porto Alegre: Safe, 1988.
- DIDIER, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. Salvador: Ed. Juspodivm, 2019.

- DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*, 19ª ed., São Paulo: Atlas, 2016.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 105-152.
- FRIEDE, Roy Reis. *Reforma no Direito Processual Civil brasileiro*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- GUERRA FILHO, Willis S. *Processo constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos, 1999.
- HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro, Tempo brasileiro, 1997.
- IKAWA, Daniela R. *Hart, Dworkin e discricionariedade*. [on line] Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n61/a06n61.pdf#search=%22hla%20hart%22>>. Acessado em 07/04/2020.
- LIEBMAN, Enrico Tulio. *Processo de execução*. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 38.
- MACHADO, Grazyela Do Nascimento Sousa. *Teorias sobre os princípios jurídicos* [on line] Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-95/teorias-sobre-os-principios-juridicos/> Acessado em 08/04/2020.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo Código de Processo Civil Comentado* - Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 100.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 230.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8ª ed., Salvador: Juspodivm, 2016.
- NUNES, Luiz A. R. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002.

- OLIVEIRA, Francisco de Assis; CARVALHO, Luis Gustavo Coelho de; *CPC/2015 – Comentários e Anotações – Processo de Conhecimento e Procedimento Comum (arts. 318 a 508)*. São Paulo: Ed. Pé de Lima, 2020.
- PIRES, Alex Sander; OLIVEIRA, Francisco de Assis; CARVALHO, Luis Gustavo Coelho. *Código de Processo Civil – Doutrina e Anotações*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2015.
- PIRES, Alex Sander; OLIVEIRA, Francisco de Assis; CARVALHO, Luis Gustavo Coelho. *CPC/2015: Comentários e Anotações – Parte Geral (art. 1º ao art. 317)*, Rio de Janeiro: 2016.
- PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph de. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 331-332.
- ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *O Direito Constitucional à Jurisdição*. In: TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo Teixeira. (Coord.) *As Garantias do Cidadão na Justiça*, São Paulo: Saraiva, 1990, p. 32.
- SANTOS, Ernani Fidélis dos. *Novos perfis do processo civil brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22º. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 210.
- SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular*. São Paulo: Malheiros, 2000, p.155.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 56ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TRANSTORNOS DISSOCIATIVOS ENTRE VÍTIMAS DE ASSÉDIO SEXUAL: FALSAS MEMÓRIAS, AMNÉSIA DISSOCIATIVA E PSICOLOGIA DO TESTEMUNHO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Livia de Souza Nunes

Alice Arlinda Santos Sobral

INTRODUÇÃO

Uma crença popular bastante difundida é aquela que alega a íntima relação entre fortes emoções e a recordação de um determinado evento. Por exemplo, uma pessoa que está prestes a se casar costuma ter a convicção que o dia do casório será inesquecível, tamanha a ansiedade e a emoção envoltas na cerimônia. Noutro giro, uma pessoa que vivencia uma situação traumática como um assalto a mão armada também pode ser levada a crer que jamais esquecerá o tormento, a angústia, o medo sentido ao ter sua segurança posta em risco. Não chega a ser um equívoco pensar de tal forma. Entretanto, certamente não se pode afirmar que se trata de uma regra geral; todo indivíduo, todo sistema cognitivo, seguramente, reage de forma diferente frente a um estímulo.

O presente trabalho busca observar quais os efeitos de transtornos dissociativo sobre a memória da vítima e, conseqüentemente, sobre o testemunho desta em juízo; busca explorar, sob a ótica da Vitimologia,

as possíveis alternativas capazes de auxiliar o julgador na extração de fragmentos retidos na memória das vítimas, que podem sofrer perda de memórias cruciais à elucidação do delito. Tal condição psíquica ocorre como mecanismo de defesa contra o sofrimento físico e emocional vivenciado pela vítima. O presente artigo propõe uma abordagem interdisciplinar entre a Criminologia, a Psicologia Jurídica e o Direito Processual Penal, analisando-se questões relativas à integridade memorial da vítima e os principais desafios a serem superados em sede de testemunho e processo penal.

Atualmente, o Processo Penal brasileiro padece de certa deficiência com relação ao tratamento oferecido a vítimas durante a oitiva em juízo uma vez que, além de estar à mercê da morosidade, a memória do entrevistado sofre significativas alterações e distorções cada vez que encorajado a reviver certas lembranças.

Com base nesses estudos, não há que se falar em colhimento de testemunho sem considerar os impactos que os eventos relatados causaram na psique da vítima, especialmente em se tratando de crimes contra sua dignidade sexual. Não é incomum que pessoas submetidas a abusos sexuais, especialmente crianças, criem válvulas de escape psíquicas que bloqueiam funções cognitivas ou desencadeiam distúrbios relacionados à consciência, memória, identidade ou percepção do ambiente.

Nesse sentido, o presente trabalho busca conceituar, num primeiro momento, duas das principais consequências desses transtornos, nomeadamente a amnésia dissociativa e a memória ilusória, comumente conhecida como “falsa memória”. Contará, para tanto, com o auxílio da Vitimologia, enquanto ciência empírica cujos objetos de estudo são também a vítima e o comportamento social, para além do crime e do criminoso.

Por fim, o Direito Processual Penal nos servirá de base para compreender quais são, atualmente, os principais desafios no momento do interrogatório, no que se refere ao tratamento oferecido à vítima e em quais aspectos é necessário reavaliar o método utilizado para colher o depoimento, de forma que seja possível o resgate de memórias traumáticas sem que sejam desrespeitados os próprios limites emocionais da vítima ou que sejam criadas situações que favoreçam a incidência de

falsas memórias, fatores considerados determinantes para uma oitiva eficaz, sem óbices para a tutela jurisdicional segura.

1. MEMÓRIA

1.1. Conceito de Memória

Não há como iniciar a abordagem deste artigo sem antes repisar a crucial importância dos estudos empreendidos pelas ciências biológicas, em especial à neurociência, quanto a tema, sem os quais não poderíamos, primeiramente, conceituar “memória”.

Conclui-se, graças a esses estudos, que a memória é resultado de um processo que envolve estímulos tanto endógenos quanto exógenos, associando aspectos biológicos e empíricos, capazes de originar uma ordem de resgate consistente na “construção de uma imagem mental” (ALTOÉ; ÁVILA, 2017, p.258).

Sobre o tema, Iván Antonio Izquierdo, Jociane de Carvalho Myskiw, Fernando Benetti e Cristiane Regina Guerino Furini lecionam (2013, p. 12):

Todas as memórias são *associativas*: se adquirem através da ligação entre um grupo de estímulos (um livro, uma sala de aula) e outro grupo de estímulos (o material lido, aquilo que se aprende; algo que causa prazer ou penúria). O do segundo grupo, que é de maiores consequências biológicas, chama-se estímulo condicionado ou reforço. Em algumas formas de aprendizado, associa-se um grupo de estímulos com a ausência do outro ou de qualquer outro.

Tão intrigante e enigmático quanto o processo de composição de uma memória, é o que resulta no esquecimento dela. Gustavo Noronha Ávila e Rafael Altoé (2017, p. 259) asseveram:

De maneira ainda não elucidada, mas certo que de forma inata (alheia aos controles racionais), o ser humano tem a aptidão natural de bloquear determinados eventos traumáticos em certas ocasiões, permitindo que sejam acessados

apenas em raras oportunidades, ou por vezes sejam completamente bloqueados.

Com base nesses conceitos, pode-se concluir que memória é um elemento cognitivo que engloba uma complexidade de interações neurobiológicas e empíricas, que deixam impressões no hipocampo de um indivíduo e permitem a evocação de informação adquirida através da experiência (IZQUIERDO, 1989, p.89). Por ser um processo conhecidamente complexo, para cada informação adquirida e para cada atividade fim para qual é utilizada essa informação, não é de se surpreender que existam, em verdade, inúmeros tipos de memória, cada uma com uma especificação dentro do sistema nervoso.

Paulo Dalgalarrodo (2018, p. 246) apresenta a seguinte definição:

A memória é a capacidade de codificar, armazenar e evocar as experiências, impressões e fatos que ocorrem em nossas vidas. Tudo o que uma pessoa aprende em sua existência depende intimamente da memória. Além disso, como será abordado neste capítulo, todos os processos relacionados com a memória são altamente contextualizados, integrados em uma rede de múltiplas informações e contextos da vida.

Dentre as diferentes classificações para a memória humana, cita-se a memória psicológica (cognitiva ou neuropsicológica), a memória genética, memória imunológica ou, ainda, memória coletiva (social ou cultural) (DALGALARRODO, 2018). Para os fins estabelecidos ao presente trabalho, a memória cognitiva ou neuropsicológica foi o objeto de análise.

A memória cognitiva responsável pelo processamento de eventos a médio e longo prazo, relacionados à experiência pessoal do indivíduo em determinado contexto, é chamada “episódica”.

O resgate dessa memória depende de seu processo de consolidação no cérebro, que, por sua vez, tende a ser facilitado de acordo com a carga emocional ou de alerta depositado na experiência. O processo de consolidação é biologicamente modulável, passível de alterações quantitativas e qualitativas em maior ou menor grau (IZQUIERDO,

1989, p.97), mas que invariavelmente ocorrem e podem desencadear quadros mais severos. Ademais, doenças como demência de Alzheimer, síndrome de Wernicke-Korsakoff, esquizofrenia, transtornos dissociativos e até mesmo a doença de Parkinson podem comprometer significativamente a retenção de memórias episódicas.

1.2. Violência Sexual: Efeitos Cognitivos, Comportamentais e Emocionais

Em uma sociedade que caminha diariamente em direção à angústia coletiva como resultado do vazio enquanto indivíduos, é perceptível que o processamento da dor, da perda e de traumas torna-se cada vez mais difícil, doloroso. Birman afirma que a subjetividade atual “não consegue mais transformar dor em sofrimento, estando aqui a sua marca diferencial e inconfundível” (2003, p. 5).

Isto porque o que falta é a estrutura psíquica que permita ao indivíduo vivenciar o sofrimento, que só pode ser experimentado através da troca com o outro. Numa sociedade em que as relações interpessoais são processadas com mais dificuldade, resultando em relações superficiais, o indivíduo não consegue transformar a dor em sofrimento. Nesse sentido:

De qualquer forma, se a subjetividade contemporânea não consegue mais transformar dor em sofrimento, isso se deve à impossibilidade de interlocução do sujeito que, lançado na vida nua e no mundo sem sentido, se chafurda no abismo da depressão. Enfim, o vazio da subjetividade atual é correlato do mundo que perdeu sentido. (BIRMAN, 2003, p. 6).

Com efeito, não é de se admirar que venha a se tornar cada vez mais comum que vítimas de violência tenham problemas durante o processo de recuperação psíquica e apresentem quadros cada vez mais severos: tristeza e necessidade de isolamento, agressividade, comportamentos autodestrutivos, *dissociações*, crenças distorcidas (acreditar que é a única culpada pela violência sofrida), dificuldade de confiar nas pessoas, conduta hipersexualizada, vergonha, culpa, ansiedade,

baixa concentração e atenção e refúgio na fantasia (estes dois últimos especialmente mais visíveis em criança e adolescente (RIBEIRO, 2013, p. 86).

Tais alterações cognitivas, quando não tiverem o tratamento necessário em tempo hábil, podem desenvolver psicopatologias, como depressão, transtorno de estresse pós-traumático, transtornos de ansiedade, transtornos alimentares, hiperatividade, transtornos dissociativos, personalidade *borderline*, dentre outros (RIBEIRO, 2013).

Conforme frisado alhures e de acordo com a finalidade proposta pelo presente artigo, foi dada especial atenção à ocorrência de transtornos dissociativos, especificamente a amnésia dissociativa, tema do próximo item, visando obter maior compreensão sobre tal condição e seus efeitos cognitivos na psique da vítima.

1.3. Amnésia Dissociativa

Na Classificação Internacional de Doenças (CID, 1993) da Organização Mundial de Saúde, a amnésia dissociativa está enquadrada no grupo de transtornos dissociativos (classificação F44), que consistem na perda parcial ou completa das funções normais de integração das lembranças, da consciência, da identidade e das sensações imediatas, e do controle dos movimentos corporais. São considerados psicogênicos, uma vez que possuem estreita relação temporal com eventos traumáticos, problemas insolúveis e insuportáveis, ou relações interpessoais difíceis.

Ainda de acordo com o CID-10, a amnésia dissociativa (classificação F44.0), a característica essencial é a de uma perda de memória, que diz respeito geralmente a acontecimentos importantes recentes, não devida a transtorno mental orgânico, e muito importante para ser considerado como expressão de esquecimento ou de fadiga. Em suma, diz respeito a eventos traumáticos e é mais frequente que seja parcial e seletiva. Frisa-se que a amnésia dissociativa não pode deve ser diagnosticada no caso daquele que é acometido de transtorno cerebral orgânico, de intoxicação, ou de uma fadiga extrema.

Consultando o *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* (DSM-V), entende-se amnésia dissociativa como um transtorno dis-

sociativo que envolve a incapacidade de recordar importantes informações pessoais que tipicamente não seriam perdidas pelo esquecimento normal, geralmente causado por situações traumáticas. Pode envolver a perda de memória localizada – incapacidade de recordar um evento ou período de tempo –, seletiva – incapacidade de recordar um aspecto específico de um ou mais eventos, dentro de um certo período –, e generalizada – completa perda de identidade e história de vida.

Paulo Dagalarrondo (2018, p. 265) leciona:

Nas amnésias dissociativas, ou psicogênicas, há perda de elementos mnêmicos seletivos, os quais podem ter valor psicológico específico (simbólico, afetivo). O indivíduo esquece, por exemplo, uma fase ou um evento de sua vida (que teve um significado especial para ele), mas consegue lembrar de tudo que ocorreu “ao seu redor”. É quase sempre uma amnésia retrógrada (ver adiante). A amnésia dissociativa pode surgir em sequência a um episódio de trauma emocional e/ou relacionada a fuga dissociativa (quando o indivíduo foge de sua casa, em estado dissociativo).

Uma das vertentes dos estudos relacionados à dissociação (cuja conceituação é tema de reiteradas discussões no campo de pesquisa, uma vez que permite inúmeras interpretações; neste trabalho, foi utilizado o conceito simplista, porém suficiente, de dois ou mais processos mentais não integrados), a qual se filia esta pesquisa, classifica a amnésia dissociativa como fenômeno cognitivo de *defesa*.

Mecanismo de defesa, para a doutrina especializada, consiste em um “processo mental habitual, inconsciente e as vezes patológico que é utilizado para resolver conflitos entre necessidades instintivas [mas também necessidades que são aprendidas e adquiridas], proibições internalizadas e a realidade exterior” (VAILLANT, 1971 apud CARVALHO, 1998, p. 157). É a maneira que a mente encontra de bloquear pensamentos e emoções negativas ou dolorosas.

Por se tratar de um fenômeno cognitivo relacionado ao hipocampo (região cerebral que serve de estação de transferência de elementos recentemente registrados para um arquivo mais permanente de lem-

branças, localizado de modo difuso em amplas áreas do córtex dos distintos lobos cerebrais), é possível que a vítima não tenha conhecimento da própria condição, ou seja, sequer percebe que existe uma lacuna na memória. Nesse sentido leciona o Guia de Estudo para o DSM-V (ROBERTS; LOUIE, 2017, p. 281):

Alguns indivíduos com amnésia dissociativa percebem ter “perdido tempo” ou que têm uma lacuna na memória, enquanto outros não percebem suas amnésias: eles têm amnésia da amnésia. Para eles, a consciência de amnésia ocorre apenas quando a identidade pessoal é fragmentada ou quando as circunstâncias deixam esse indivíduo consciente de que faltam informações autobiográficas (p. ex., quando descobrem evidências de eventos dos quais não conseguem se lembrar ou quando outros contam ou perguntam sobre eventos que não conseguem evocar).

Não é de se surpreender que a violência sexual seja elencada como um possível evento traumático capaz de desencadear o bloqueio de memória, que pode ser duradouro ou não. A extração dessa memória torna-se um processo ainda mais complexo e delicado quando a vítima é criança ou adolescente, que, como se verá adiante, possuem perfis ainda mais suscetíveis a terem a memória corrompida pela sugestão, especialmente se expostos a um ambiente tão opressor quanto uma sala de audiência, o que pode desencadear outro fenômeno, conhecido como síndrome da falsa memória.

1.4. Síndrome da Falsa Memória

Aury Lopez Jr. e Cristina Carla Di Gesu (2007, p.103) prelecionam que os estudos relacionados ao fenômeno da memória ilusória remontando ao início do Século XX. Os primeiros experimentos foram realizados em crianças, por BINET, em 1900, na França, e com STERN, em 1910, na Alemanha. Somente em 1932, foram feitos os primeiros testes em adultos.

De fato, a nomenclatura é recente para um fenômeno antigo. Ao longo dos séculos, muitos estudiosos, seja da medicina, seja da psicologia,

gia, debruçaram-se acerca do que ficou conhecido como “síndrome da falsa memória” (*false memory syndrome*) e seu expoente de maior destaque é o psicanalista austríaco, Sigmund Freud, cuja hipótese estava primeiramente associada à repressão da memória traumática como mecanismo de defesa. Tais distorções ocorriam porque o indivíduo buscava evitar pensamentos desagradáveis, resultando no seu banimento para as profundezas do inconsciente.

Quando Freud visitou Jean-Martin Charcot em 1886, Charcot já havia concluído que muitos dos sintomas e sinais neurologicamente inexplicáveis de seus pacientes estavam ligados a memórias traumáticas que não estavam inteiramente disponíveis para a consciência (BREUER, BRILL, FREUD, 1990).

Falsas memórias, na verdade, são extremamente comuns, consistindo na “inserção” de uma informação que passa a compor a memória que precisa ser resgatada, mas que não estava ali originalmente. Pode acontecer corriqueiramente, durante uma conversa, ao ler uma reportagem de um evento que a própria pessoa vivenciou, ou, especialmente, durante um interrogatório. Todos estamos suscetíveis à criação de falsas memórias, em maior ou menor grau.

Em 1900, Alfred Binet (p. 18-19) conduziu uma série de experimentos em crianças, durante os quais apresentava objetos e depois inseria informações enganosas sobre a presença de objetos que não haviam sido mostrados. Com os resultados deste procedimento, Binet concluiu que as questões sugestivas tinham como efeito o aparecimento de distorções de memória (e.g., recordação de objetos sugeridos nas perguntas). A sua formação em Direito e o conseqüente contato com o mundo da justiça permitiram a Binet observar o efeito das perguntas nos relatos feitos por adultos, mas sobretudo por crianças, desde logo identificadas como sendo mais suscetíveis ao efeito da sugestão externa, fato que viria a ser corroborado por estudos realizados mais de um século depois. Binet constatou, ainda, não haver qualquer relação entre a convicção de uma testemunha e a precisão da informação recordada, um fato evidenciado, também, por vários estudos mais recentes (WELLS & OLSON, 2003, p. 289).

A pessoa interrogada, dependendo das perguntas feitas e o modo como são apresentadas, pode facilmente ser levada a alterar sua própria memória, tanto inconsciente, como espontaneamente, por meio de

sugestões que se entranham na mente do interrogado como resultado do processo normal de compreensão.

2. VITIMOLOGIA

Não há que se falar em estudo do comportamento da vítima e sua relação com o delito de sem que aprofundar-se na Vitimologia, que consiste no estudo da vítima, enquanto ente constituído de personalidade – quer do ponto de vista biológico, psicológico e social, quer o de sua proteção social e jurídica –, bem como dos meios de vitimização e outros aspectos interdisciplinares (MAYR, 1990, p.18 apud RIBEIRO, p. 30).

Ao contrário do que se pode ser induzido a pensar, o estudo dos ordenamentos jurídicos pioneiros demonstra que a preocupação com a vítima por parte do Estado remonta de séculos até os dias atuais. É o que leciona Heitor Piedade Júnior, em seu trabalho voltado para o estudo da Vitimologia e sua evolução no tempo e no espaço. O autor cita como exemplo diversos ordenamentos, dentre os quais ressalta-se o Código de Hammurabi, que previa a reparação de danos à vítima de lesão da qual resulta o aborto¹¹²; o Alcorão, livro sagrado do Islamismo, que também prevê compensação patrimonial como alternativa ao exercício do direito de vingança privada; e o próprio Direito Romano, que o autor afirma ser um dos ordenamentos pioneiros na reparação moral do ofendido, percepção embrionária do que hoje entende-se por Vitimologia moderna (PIEDADE JÚNIOR, 1997). Nesse sentido:

Com a aceitação da reparação por danos morais, vislumbra-se embrionariamente a preocupação dos romanos com outra vertente da Vitimologia, qual a do estudo da personalidade da vítima, uma vez que somente através do conhecimento da personalidade, do psiquismo e da sensibilidade da vítima, poder-se-á entender a necessidade da reparação do dano moral, pois ele é de natureza psicológica. (PIEDADE JÚNIOR, p. 50).

112 Artigo 209, do Código de Hammurabi: “Se um homem livre ferir a filha de outro homem livre e, em consequência disso, lhe sobrevier um aborto, pagar-lhe-á 10 siclos de prata pelo aborto”. Conforme PIEDADE JÚNIOR, Heitor. *Vitimologia, evolução no tempo e no espaço*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997, p. 27.

O termo “vitimologia” deriva etimologicamente da palavra latina *vitima* e da raiz grega *logos*. Foi primeiramente empregado por Beniamim Mendelsohn, professor em Jerusalém, na sua obra *The origins of the Doctrine of Victimology*, obra pioneira de sua autoria. Contudo, o precursor deste estudo foi *Hans Von Hentig*, com a obra *The Criminal and his Victim*, mencionado pelo próprio Mendelsohn em sua obra *Vitimologia*, que publica *The Criminal and his Victim* em 1948 pela Universidade de Yale (PELLEGRINO, 1987, p. 9).

Atualmente, o estudo da Vitimologia permite a compreensão dos efeitos do delito no comportamento da vítima e vice-versa, objetivando assim estabelecer um raciocínio lógico que garanta a resposta preventiva contra possíveis situações-risco.

Quando aplicada em conjunção com o Direito Penal, a Vitimologia busca, a um só tempo, compreender o fenômeno delitivo, reparar o dano causado e trabalhar com a prevenção de novos crimes. Como o presente trabalho visa conhecer e analisar o papel da vítima dentro do Processo Penal, considerou-se especificamente o papel do ofendido enquanto peça chave para a possível condenação do autor do fato, sem maiores digressões no que tange ao perfil do autor ou do crime sob análise, qual seja, violência contra a dignidade sexual.

A evocação dessa ciência se faz necessária no estudo em pauta justamente pela condição de vulnerabilidade que vítima de violência sexual, acometida de amnésia dissociativa, se encontra. Tal condição dificulta que seja feito um juízo sobre seu próprio risco, fazendo-se mister a preocupação das instituições democráticas com a saúde mental do indivíduo que precisa de da tutela jurídico-penal.

A apreensão das experiências vividas, além de auxiliar na elucidação do crime durante a persecução penal, contribui para que a vítima comece a perceber, em seu próprio cotidiano, possíveis situações de risco, evitando o dano e identificando suas causas.

3. A VÍTIMA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

A vítima é toda pessoa que se encontra numa situação de passividade, de prejuízo, numa situação que pode lhe causar sofrimento envolvendo outras pessoas ou até eventos naturais. Nesta conceituação

adotada pela Vitimologia, a vítima pode ser também vitimizador de si mesmo, a fonte do seu próprio sofrimento.

Durante muito tempo, o Processo Penal brasileiro negligenciou a imagem do ofendido, que era tido como mero instrumento cuja finalidade principal era servir o Estado no decorrer da persecução. Tal panorama só veio sofrer mudanças significativas a partir da Lei n. 11.690/2008, que modificou o CPP ao estabelecer tratamento diferenciado à figura da vítima, reconhecendo-a como indivíduo detentor do direito à proteção e amparo estatal.

Nestor Távora e Rosmar Rodrigo Alencar, a esse respeito, lecionam sobre as prerrogativas do ofendido, elencando, dentre os quais, o direito da vítima de ser encaminhada a atendimento multidisciplinar, especialmente nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde, sendo que o agressor (após o trânsito em julgado da sentença condenatória) ou o Estado deverá arcar com o ônus; caberá ainda ao magistrado providenciar medidas visando a preservação da intimidade da vítima (2018, p.721-722).

Outra alteração na legislação processual que buscou dar maior visibilidade ao direito de resguardo da integridade psicológica da vítima ocorreu com o advento da Lei n. 13.431, de 4 de abril de 2017, que inaugurou o chamado “depoimento sem dano” da criança e do adolescente vítima de violência. Esta modalidade de depoimento se subdivide em duas: a primeira, “escuta especializada”, prevista no art. 7 da Lei, consiste na inquirição da vítima perante um órgão da rede de proteção (frisa-se que o órgão supramencionado não pode integrar o sistema de persecução penal); a segunda, “depoimento especial”, é efetuado pela autoridade policial ou judiciária.

Sobre essas modalidades de depoimento recai uma série de regras que visam proteger a criança, o adolescente e o ato, de modo que o procedimento precisa estar compatibilizado com as demais garantias constitucionais do acusado.

4. TESTEMUNHO E PROCESSO PENAL

4.1. Principais desafios

Não é nada raro, no processo penal, que decisões sejam prolatadas fundamentadas exclusivamente na prova oral, principalmente na pa-

lavra da vítima, sem falar nas condenações motivadas no cotejo entre a prova oral colhido na fase processual e na fase pré-processual, totalmente despida de contraditório e ampla defesa. De qualquer forma, indiscutível é que o testemunho, tanto da vítima quanto das demais partes envolvidas no processo, influi e muito na decisão final, se há ou não crime, se o réu é autor, se caberá condenação.

Agora, como garantir a lisura da prova oral? Como impedir a ocorrência de interrogatórios tendenciosos, despidos de qualquer qualidade técnica? Como diminuir os erros judiciais causados por testemunhos falsos ou equivocados?

4.2. Possíveis alternativas para a redução de danos

Com bem coloca Aury Lopez Jr. e Cristina Carla Di Gesu (2007), “não há soluções simples para problemas complexos”. Certamente, lidar com traumas tão profundos durante um interrogatório ou evitar que a memória do depoente seja corrompida por lembranças ilusórias não é uma tarefa fácil.

Ainda que não haja como escapar do testemunho, dada sua relevância para o caso concreto, o que se faz para que sua lisura seja preservada não tem sido suficiente para afastar a insegurança de testemunhos equivocados. O trauma causado pelo delito às vezes lesiona tão profundamente a psique da vítima que a mesma se encontra num estado de grave perturbação psicológica, desencadeando um mecanismo de defesa consistente no bloqueio de recordações dolorosas. A vítima, incapaz de controlar seus impulsos subconscientes e estimulada por perguntas tendenciosas, que sugerem elementos que originariamente não faziam parte da sua memória, responde o que seu entrevistador espera ouvir e suas falsas memórias são os fatores determinantes em um processo que se baseia quase que exclusivamente na prova testemunhal.

Algumas das possíveis medidas a serem tomadas para auxiliar no colhimento do depoimento da vítima seria, por exemplo, a determinação de um prazo para que fosse efetuada a colheita do depoimento, dirimindo a probabilidade do esquecimento/bloqueio da memória do evento; a adoção de técnicas de interrogatório e a entrevista cognitiva, que permitiriam a obtenção de informações quantitativa e qualitativa-

mente superiores às das entrevistas tradicionais, evitando-se a formulação de perguntas altamente tendenciosas e passíveis de desenvolver falsas memórias, como frequentemente acontece; e, por fim, a efetuação de gravações das entrevistas realizadas em fase pré-processual, especialmente quando o entrevistador é assistente social ou psicólogo, possibilitando ao julgador “conhecimento do modo como os questionamentos foram formulados, bem como os estímulos produzidos nos entrevistados” (LOPEZ; DI GESU, 2007, p.109).

No mais, como colocado alhures, a legislação brasileira já prevê medidas que visam garantir a segurança física e emocional da vítima depoente, especificamente quando se trata de crianças e adolescentes, como é o caso da Lei n. 13.431/2017. Dispondo dessas ferramentas, uma boa alternativa seria aplicar, por analogia, a modalidade de escuta especializada nos crimes contra a dignidade sexual, independentemente do perfil da vítima.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito Processual Penal brasileiro clama por zelo em relação à integridade psicológica da vítima, por investimento em tecnologia de investigação, por segurança jurídica. É necessário que provas mais robustas sejam produzidas, que caminhem o processo em direção a um futuro cada vez menos dependente de provas testemunhais, de modo a dinamizar a persecução penal e aperfeiçoar o provimento jurisdicional oferecido às vítimas de abuso sexual.

É do interesse de toda comunidade, não exclusivamente jurídica, mas de todos aqueles que compõem o estado democrático de direito, que a persecução penal se utilize de todos os meios a sua disposição para que, além de que uma pessoa seja condenada, a justiça seja de fato conquistada. Na atual conjuntura processual penal, é indubitável que poucas atualizações tecnológicas foram incorporadas para que a sentença condenatória dependesse um pouco menos dos depoimentos testemunhais.

Muito há que ser incorporado em nosso ordenamento jurídico para que possamos finalmente compreender o Direito Processual Penal como um ramo que não pode tão facilmente descartar outras ciências

sociais. As partes envolvidas no processo penal não podem simplesmente ser consideradas como objetos de um liame jurídico, indiferentes ao tratamento oferecido, tanto pelos agentes da administração como pelos atores da ação penal. Não de ser considerados integralmente quanto a sua humanidade, como seres detentores de suas particularidades que precisam ser apreciadas pelos profissionais capacitados para tanto.

A carência de profissionais qualificados é evidente, em especial no que diz respeito a perguntas que não prestem um desserviço à integridade emocional de vítimas acometidas de amnésia dissociativa, ao mesmo tempo em que não incitem a produção de memórias falsas, demasiadamente prejudiciais à lisura e à segurança jurídica da persecução penal. Desta feita, faz-se necessário recorrer à humanização do processo penal, sobretudo no que diz respeito ao interrogatório da vítima.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Rosmar R.; TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 13 ed. ver. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

ALTOE, Rafael; ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Aspectos cognitivos da memória e a antecipação da prova testemunhal no processo penal**. Revista Opinião Jurídica, v. 20, p. 255-270, 2017. Disponível em : <<https://doi.org/10.12662/2447-6641oj.v15i20.p255-270.2017>>.

ÁVILA, G. N.; GAUER, G. J. C.; ANZILIERO, D. L. **Memória (s) e testemunho: um enfoque interdisciplinar**. In: POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila; ÁVILA, Gustavo Noronha de. (Orgs.). Crime e interdisciplinaridade: estudos em homenagem à Ruth M. Chittó Gauer. Porto Alegre: ediPUCRS, p. 373-392, 2012.

American Psychiatry Association. (2013). **Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders – dsm-5** (5th. ed.). Washington: American Psychiatric Association. Disponível em : <<http://www.dsm5.org/>>.

- BRASIL. Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, Seção 1, p. 5, 10 de junho de 2008.
- BRASIL. Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017. Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, seção: 1, p.1, 05 de abril de 2017.
- BINET, Alfred. **La suggestibilité** [On suggestibility]. Paris: Schleicher Frères. Ed. In LibroVeritas. 1900.
- BIRMAN, Joel. **Dor e sofrimento num mundo sem mediação**. Estados gerais da psicanálise: II encontro mundial, Rio de Janeiro, 2003.
- BREUER, Josef.; BRILL, Abraham A.; FREUD, Sigmund. **Nervous and Mental Disease Monograph Series**. Birmingham, Ala: Classics of Psychiatry & Behavioral Sciences Library. Studies in Hysteria. Special ed. 1990.
- CARVALHO, M. **De doente a “encantado” – o conceito de mecanismo de defesa constituído culturalmente e a experiência de uma vítima de “espírito mau” em uma comunidade rural da Amazônia**. In: Antropologia da Saúde. Traçando identidade e explorando fronteiras. RJ. Fiocruz/Relumê Dumará, p. 157-177, 1998.
- DALGALARRONDO, P. **Psicopatologia e semiologia dos transtornos mentais**. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2018.
- IZQUIERDO, Ivan. **Memórias**. Estud. av., São Paulo, v. 3, n. 6, p. 89-112, Aug. 1989. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141989000200006&lng=en&nrm=iso>.

- IZQUIERDO, Iván Antonio et al. **Memória: tipos de mecanismos-achados recentes**. Revista Usp, São Paulo, n. 98, p. 12, 2013.
- LOPES JR, Aury; DI GESU, Cristina Carla. **Falsas Memórias e Prova Testemunhal no Processo Penal: Em Busca da Redução de Danos**. Revista de Estudos Criminais. Abr./Jun. de 2007.
- PELLEGRINO, Laercio. **Vitimologia (história, teoria, prática e jurisprudência)**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- PIEIDADE JÚNIOR, Heitor. **Vitimologia, evolução no tempo e no espaço**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997.
- Organização Mundial da Saúde. **CID-10 Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde**. 10a rev. São Paulo: Universidade de São Paulo; vol. 01, 1997.
- RIBEIRO, Joaquim Hudson. **Espaços violados: uma leitura sobre a violência sexual contra crianças e adolescentes em Manaus**. Manaus: UEA, 2013.
- RIBEIRO, Lúcio Ronaldo Pereira. **Vitimologia**. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, nº 7, 2001.
- ROBERTS, L. W.; LOUIE, A. K. **Guia de estudo para o DSM-5**. Porto Alegre: Artmed, 2017.
- VAILLANT, George E. (1971). **Theoretical Hierarchy of Adaptive Ego Mechanisms**. Archives of General Psychiatry. 24. 107-118.
- WELLS, G. L.; OLSON, E. A. **Eyewitness testimony**. Annual Review of Psychology, 2003. Disponível em: <54,227-295. doi: 10.1146/annurev.psych.54.101601.145028>.

RESUMOS

O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL EM SEDE DE EXECUÇÃO FISCAL: INSTRUMENTO DE POLÍTICA PÚBLICA EFICIENTE NO ESTADO DE GOIÁS

Gabriela Machado Rennó

INTRODUÇÃO

O tema do presente trabalho circunda relevante percalço enfrentado rotineiramente pelo Fisco goiano: a eficiência na recuperação de crédito tributário inscrito em dívida ativa. Os relatórios anuais do Conselho Nacional de Justiça revelam que a perspectiva de recuperação de crédito tributário é baixa e as execuções fiscais são o principal fator de morosidade do Judiciário. Frente às possíveis falhas na atual política pública de recuperação de crédito tributário, faz-se necessário intensificar medidas alternativas para a cobrança do crédito inscrito em dívida ativa, destaca-se, assim, o Negócio Jurídico Processual (NJP). O NJP visa a cooperação mútua na relação jurídico-tributária, e, em que pese ainda não ter sido implementado no Estado de Goiás, já repercute positivamente nos créditos tributários da União e dos Estados do Rio de Janeiro e de Pernambuco que já o aplicam. Assim, o presente estudo visa a realização de pesquisa empírica referente à temática para futura aplicabilidade do NJP em Goiás.

PROBLEMA DE PESQUISA

Através da análise de dados estatísticos, descritivos e inferenciais, além de estudo de caso, é possível aferir a viabilidade e eficiência positiva ou negativa da implementação do Negócio Jurídico Processual em sede de execução fiscal no Estado de Goiás como instrumento de política pública de recuperação de crédito tributário?

OBJETIVO

O objetivo geral do presente estudo é analisar a eficiência e a viabilidade da implementação do NJP em execuções fiscais no Estado de Goiás. Já os específicos podem ser resumidos em: compreender o NJP em âmbito tributário e desenvolver estudo minucioso acerca de sua instrumentalização pela PGFN e pelas PGE/RJ e PGE/PE. Ademais, busca-se analisar o perfil da dívida e do devedor tributário do Estado de Goiás em vista a aferir à perspectiva de eficiência da implementação do NJP em sede de execução fiscal no Estado de Goiás.

MÉTODO

O presente estudo será desenvolvido em três etapas primordiais, que podem, de antemão, serem sistematizadas como sendo: etapa dogmática-conceitual, etapa empírica e etapa retórico-decisiva. Utilizar-se-á, na fase empírica, coleta de dados referentes às características das dívidas tributárias e dos devedores no Estado de Goiás; estudo de caso e método comparativo (União, Pernambuco e Rio de Janeiro); e, análise de índices referentes à eficiência das execuções fiscais ano a ano nos últimos cinco anos no Estado de Goiás.

RESULTADOS ALCANÇADOS

Em sede de resultados preliminares, os dados coletados indicam que em 2019 foram firmados 16 (dezesseis) NJP's pela PGFN e 7 (sete) pela PGE/PE. Destacam-se dentre eles três grandes negócios firmados pela União: um com a rede de supermercados “Comper”, após mais de

15 anos de lide judicial tributária, e outros dois com empresas do DF e de SP que envolvem cerca de R\$ 650 milhões de reais. Nota-se, por meio da pesquisa realizada até o momento, a importância da atuação cooperada entre Fisco e Contribuinte em prol da eficiência do NJP em sede de execução fiscal e do conseqüente aumento da arrecadação tributária. Assim, considera-se que a partir da observância de casos exitosos em outros Estados e na União, bem como da produção de pesquisa empírica com análise minuciosa dos dados atinentes à realidade tributária vivenciada no Estado de Goiás, será possível analisar se o NJP trará futuros resultados eficientes ou não, caso implementado, para a política pública de recuperação de crédito tributário no Estado de Goiás.

REFERÊNCIAS UTILIZADAS

AITH, Fernando. Políticas públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. In BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). Políticas Públicas – Reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

ARAÚJO, Juliana Furtado Costa. A efetividade da cobrança do crédito tributário federal como fundamento legitimador da Portaria PGFN nº 33/18: do controle de legalidade ao ajuizamento seletivo. In: Juliana Furtado Costa Araujo, Paulo Cesar Conrado (Coord.). Inovações na cobrança do crédito tributário, São Paulo: RT Thomson Reuters. 2019.

CONRADO, Paulo Cesar. Negócio jurídico processual em matéria tributária e as Portarias PGFN 33/2018 (art. 38) e 360/2018 (alterada pela 515/2018). In: Juliana Furtado Costa Araujo, Paulo Cesar Conrado (Coord.). Inovações na cobrança do crédito tributário, São Paulo: RT Thomson Reuters. 2019.

MEGNA, Bruno Lopes. Consensualidade no processo tributário: atualização do estado da arte de acordo com o novo CPC e a Lei de Mediação. In: BUENO, C. S.;

ROSENBLATT, Paulo; MELO, Rodrigo Tenório Tavares de. O negócio jurídico processual como estratégia para a recuperação fiscal do crédito inscrito em dívida ativa: o plano de amortização de débitos. *Direito Público: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerias*, Belo Horizonte, v.15, n.1, jan./dez., 2018. p. 257-273.

SANTOS, Tatiana Simões dos. Negócios processuais envolvendo a Fazenda Pública. In: CABRAL, A. do P.; NOGUEIRA, P. H. (Coord.). *Negócios processuais*. v.1. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 507-519.

TEIXEIRA, José Roberto Fernandes. Negócios jurídicos processuais e Fazenda Pública. In: ARAÚJO, J. H. M.; CUNHA, L. C. da (Coord.). *Advocacia pública*. v.3. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 173-182.

GESTÃO DEMOCRÁTICA URBANA: A PARTICIPAÇÃO POPULAR COMO INSTRUMENTO DE INCLUSÃO SÓCIO POLÍTICA NA ESFERA PÚBLICA.

Yanna Raissa Brito Couto da Silva

O presente trabalho versa em um sentido amplo sobre os desafios da efetivação do direito à Gestão Democrática da Cidade, tal como previsto no artigo 43 da Lei 10.257/01. Importa desde já esclarecer que por gestão democrática das cidades deve se entender a participação dos seus cidadãos e habitantes nas funções de direção, planejamento, controle e avaliação das políticas urbanas, o que faz deste instituto jurídico um importante fundamento da dimensão emancipatória do marco legal que compõe o Direito à cidade, uma vez que sobre as condições de sua efetivação repousam boa parte das possibilidades de inclusão sócio-política dos cidadãos no plano de uma realidade urbana caracterizada por expressivos padrões de segregação social e territorial.

De forma mais específica, buscou-se investigar o direito à gestão democrática das cidades a partir de um estudo de caso sobre a atuação do Conselho das Cidades da Bahia, cuja função é garantir a concretização da participação política da sociedade baiana no plano da construção de políticas urbanas, uma vez que o referido conselho, haja vista sua condição de órgão colegiado de política urbana, se constitui em um dos instrumentos para implementação da gestão democráticas cidades

ao lado de outros instrumentos previstos nos incisos II, III e IV do mesmo dispositivo legal.

A relevância social deste importante instituto jurídico, bem assim seu potencial emancipatório – devidamente sintonizado com os dispositivos legais constitucionais que albergam a forma da democracia participativa –, pode ser verificado quando se observa a realidade urbana das sociedades contemporâneas periféricas, caracterizadas por uma densa concentração de poder político e de riqueza nas mãos de uma elite minoritária e pela dificuldade do ingresso da população aos processos de tomada de decisão política e, conseqüentemente, no acesso a bens e serviços considerados essenciais para uma vida digna, agravando assim o quadro da desigualdade social típica destas sociedades.

A premissa aqui adotada é de que o legado do processo de urbanização excludente das cidades brasileiras pode ser superado ou enfrentado a partir da participação democrática da sociedade civil no âmbito da gestão do poder público municipal, tal como prevê o Estatuto da Cidade, em função do que importa discutir e aprofundar os estudos sobre instrumentos democráticos de participação política que, ao se efetivarem, demonstram simultaneamente os limites da democracia representativa e a necessidade de se aprofundar nos procedimentos de participação política e social, promovendo assim novas mudanças na estrutura social das cidades brasileiras. Considera-se, portanto, que em grande medida estes desafios podem ser enfrentados a partir da democratização das instâncias de produção de políticas públicas urbanas.

Esta inclusão sócio-política dos cidadãos se torna possível, podendo ser reivindicada coletivamente, enquanto se apresenta como um objetivo central do programa normativo do Direito a Cidade, uma vez que referido programa, a teor do que prescreve a Lei 10.257/2001, se fundamenta tanto ao nível do direito à participação da população nas tomadas de decisões políticas do poder público local, quanto ao nível dos direitos à fruição dos bens necessários a uma vida digna, como os direitos à terra urbana, à moradia, ao saneamento básico, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, conformadores do direito às cidades sustentáveis.

Diante deste cenário, a questão que se pretendeu analisar, diz respeito às condições e desafios para efetivação da participação política dos

cidadãos do Estado da Bahia na formulação e implementação das políticas urbanas que em última instância lhe serão endereçadas no plano de um contexto social marcado por experiências de exclusão social e política. Vale dizer, objetivou-se compreender em que medida e sobre quais condições o ConCidades da Bahia pode contribuir com a plena realização da gestão democrática das cidades no âmbito do Estado da Bahia e via de consequência com a emancipação social da população mais vulnerável socialmente.

Desta feita, foram identificados alguns obstáculos de participação política, bem assim as possíveis condições para a superação destes desafios. O quadro teórico de análise dos dados colhidos teve como eixo central as reflexões sobre o Direito e a democracia de Jurgen Habermas, uma vez que este autor investiu na análise da tensa relação entre política e direito, a partir da qual uma série de questões relativas às possibilidades de uma inclusão social e política com base em um modelo de democracia deliberativa ancorada profundamente na participação popular.

Para tanto, do ponto de vista metodológico promoveu-se uma análise qualitativa das atas referentes às reuniões do ConCidades da Bahia no lapso temporal do ano de 2010 a 2019.

A opção pela análise de atuação do ConCidades da Bahia justificase pelo fato de seu fim ser o desenvolvimento urbano com democracia e participação social, no que resulta o seu compromisso em garantir o direito ao bem estar social, assegurando a inclusão e a redução das desigualdades. Este conselho é uma esfera pública institucionalizada e adequada para propiciar o diálogo entre o Poder Público e os diversos segmentos da sociedade civil, no âmbito do qual deve ser possível a construção de políticas afinadas com Estatuto da Cidade.

Sem a pretensão de oferecer uma solução para os problemas históricos relativos ao aproveitamento da participação popular nos canais institucionais abertos nesta direção, já fartamente identificados e explorados pela literatura pertinente ao tema, a análise das atas apontaram alguns obstáculos à efetividade do direito à gestão democrática das cidades, sendo alguns destes; a ausência de participação política equitativa nos processos de discussão das políticas públicas no ConCidades da Bahia, ausência de comunicação entre as deliberações públicas do

ConCidades da Bahia e as esferas públicas da sociedade civil e baixa densidade argumentativa nas audiências públicas do mesmo Conselho.

Ao final do trabalho percebeu-se que os problemas podem ser enfrentados e quiçá superados, em alguns casos, a partir da adoção de critérios metodológicos de deliberação pública e procedimentos que podem ser adotados de modo a permitir e robustecer o fluxo comunicativo entre as esferas públicas informais que compõe a sociedade civil descentralizada, o que de resto pode vir a fortalecer a densidade argumentativa dos debates ocorridos das audiências públicas, e, via de consequência, favorecer as condições para inclusão social e política da população de modo geral no âmbito da realidade urbana em que vivem.

Palavras- chave: Gestão Democrática. ConCidades\Ba. Inclusão Sócio-política.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy, 2001.

BRASIL. **Estatuto da Cidade: guia para implementação pelos municípios e cidadãos**. 3. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2005.

CANOTILHO, J.J Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. Ed. Coimbra: Almedina, 2002.

COELHO, Vera Schattan P.; NOBRE, Marcos (Org.). **Participação e Deliberação – Teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo**. 1 ed. São Paulo: editora 34, 2004.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008.

DAGNINO, Evelina. **Sociedade Civil e espaços públicos no Brasil**. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

- DUPEYRIX, Alexandre. **Compreender Habermas**. São Paulo: Loyola, 2012.
- GOHN, Maria G. **Conselhos gestores e participação sociopolítica**. São Paulo: Editora Cortez, 2000.
- HABERMAS, Jurgen. **A inclusão do outro- estudos de teoria política**. São Paulo: Loyola, 2002.
- . **Direito e democracia- entre facticidade e validade**. Volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- . **Direito e democracia- entre facticidade e validade**. Volume II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- . **Era das transições**. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- . **Mudança estrutural da esfera pública**: Investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- . **Verdade e Justificação- Ensaios filosóficos**. 2. Ed. São Paulo: Loyola, 2009.
- NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. **Direito e Democracia**: Um guia de leitura em Habermas. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2008.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Democratizar a Democracia**: Os caminhos da Democracia Participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira Editora, 2002.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

IMPACTOS DA REVISÃO DA RESOLUÇÃO NORMATIVA 482 DA ANEEL

Bruno Fediuk de Castro

Gilberto Bomfim

A Oferta Interna de Energia (OIE) é a energia necessária para sustentar o desenvolvimento humano e o crescimento econômico dos países. No Brasil, essa oferta de energia é dividida entre os transportes (32,7%), indústrias (31,7%) setor energético (11,2%), residências (9,9%), serviços (4,9%), agropecuária (4,1%) e outros (5,5%) (EPE, 2019, p.25). Uma parte da OIE é fornecida como energia elétrica, que é aquela utilizada para gerar luz, dar força para movimentar motores e fazer funcionar diversos produtos elétricos e eletrônicos de todos os segmentos econômicos. Ela é gerada a partir de fontes de energia não renováveis (que se esgotam com o tempo, como as fontes fósseis – petróleo, carvão mineral e gás natural) e de fontes renováveis (que se renovam na natureza em um curto espaço de tempo, como biomassa da cana, hidráulica, lenha e carvão vegetal, lixo, eólica e solar) (EPE, 2020, s.p.). A utilização de maior quantidade de fontes não renováveis para a geração da energia tem agravado diversos problemas ao meio ambiente, como o efeito estufa, além de mudanças nas condições climáticas do planeta. E a previsão é que a demanda por recursos energéticos aumentará e alcançará níveis sem precedentes nos próximos anos, intensificando os aspectos severos da mudança climática, tendo em vista a previsão das Organização das Nações Unidas (“ONU”) de que a população mundial atingirá 9,7 bi-

lhões de pessoas em 2050, um aumento de 26% em relação aos 7,7 bilhões atuais, podendo chegar perto de 11 bilhões até 2100 (ONU, 2019, s.p). A substituição das fontes energéticas não renováveis (principalmente fósseis) por renováveis é prioridade dos países da União Europeia. Os Estados Unidos, um dos maiores consumidores de energia do planeta, também busca alternativas sustentáveis ao petróleo e carvão mineral. No Brasil, não é diferente. Em que pese o quadro favorável do Brasil em comparação com os demais países em relação à utilização de fontes renováveis – considerando que a maior parte da energia elétrica vem de fontes renováveis (83,3%) (EPE, 2019, p.36), deve ser sopesada a dependência do país às hidrelétricas. A hidreletricidade tem sido a principal fonte de geração do sistema elétrico brasileiro por várias décadas, tanto pela sua competitividade econômica quanto pela abundância deste recurso energético a nível nacional (EPE, 2020, s.p). A maior parte da eletricidade consumida no país provém das usinas hidrelétricas (66,6%), que são movidas pelo fluxo de água, combustível de geração de eletricidade a partir da fonte hidráulica (EPE, 2019, p.35). Nesse modelo, a energia é produzida em usinas que estão, via de regra, muito distantes dos centros consumidores. Assim, a eletricidade gerada nesses locais tem de viajar por longas distâncias, por um complexo sistema de transmissão, até chegar ao seu destino final. As usinas geradoras são responsáveis pela produção da energia em suas diversas formas. As transmissoras, com suas linhas de transmissão, ligam as usinas aos centros urbanos e rurais e enviam essa energia para as distribuidoras. E as distribuidoras têm a obrigação de entregar a energia elétrica aos consumidores. Todavia, com a redução da capacidade de regularização dos reservatórios das usinas hidrelétricas e o conseqüente despacho quase contínuo das termelétricas desde 2012, a busca por soluções energéticas capazes de diversificar a matriz brasileira se tornou um desafio no âmbito das políticas energéticas nacionais (FGV, 2016, p.6). Um dos caminhos seguidos por países desenvolvidos para a diversificação da geração da energia elétrica, está baseado na geração distribuída (“GD”) (FGV, 2016, p.7). No Brasil, a GD é regulada pela Resolução 482 (“REN 482”) da Agência Nacional de Energia Elétrica (“ANEEL”), que estabelece as condições para microgeração e minigeração distribuída e o sistema de compensação. Desde abril de 2012, o usuário pode gerar a sua própria energia por meio de fontes renováveis

e, a partir da conexão do seu sistema de micro ou minigeração à rede, receber créditos de energia em sua conta de luz, na forma de descontos. Essa possibilidade, criada pela REN 482, é o Sistema de Compensação de Energia Elétrica (“SCEE”). Atualmente, 100% da energia que o mini e microgerador injeta na rede pode ser compensada da sua conta. De acordo com a ANEEL, a regulação da GD gerou ótimos resultados. Desde 2012 foram instaladas mais de 120 mil unidades consumidoras com micro ou minigeração, e houve redução de 43% do valor dos painéis solares (ANEEL, 2019, s.p). Diante dessa realidade, a REN 482 está atualmente em processo de revisão, com objetivo principal de alterar o aspecto econômica do SCEE. Em princípio, a ANEEL está analisando hipóteses como manter as regras atuais ou diminuir o percentual de compensação de energia injetada na rede (os índices sugeridos para possíveis compensações, inicialmente, são de 100%, 72%, 66%, 59%, 51% e 37%). O problema a ser enfrentado na pesquisa é demonstrar como a revisão da REN 482 da ANEEL, que estabelece as condições gerais para o acesso de mini e microgeração aos sistemas de distribuição e o sistema de compensação de energia elétrica, está sendo encaminhada pela ANEEL. O objetivo geral do estudo é demonstrar como a energia elétrica é gerada no Brasil. O objetivo específico é analisar a proposta de revisão da REN 482 e os principais argumentos favoráveis e contrários. No tocante à metodologia será utilizado o método hipotético-dedutivo, por meio de uma abordagem qualitativa, buscando-se fomentar a diversificação da matriz energética elétrica no Brasil. O estudo estimula a reflexão sobre a necessidade de que a revisão da forma como a energia elétrica é gerada no Brasil, incluindo a regulação da Geração Distribuída, deve observar os aspectos de todos os agentes envolvidos. Como resultado de uma primeira análise, a qual ainda deve ser melhor explorada, conclui-se que a proposta da ANEEL de alterações do equilíbrio econômico do sistema de compensação visa ajustar a regra para que os custos referentes ao uso da rede de distribuição e os encargos sejam pagos também pelos consumidores que possuem geração distribuída - e não somente pelas distribuidoras e demais usuários (subsídio cruzado). Todavia, para evitar que ocorra uma interrupção no desenvolvimento do mercado, deve ser analisada a possibilidade de um cenário de transição que permita a manutenção das regras atualmente vigentes por mais alguns anos. Neces-

sário sopesar que as mudanças das regras nesse momento, aceitando um maior ressarcimento para as distribuidoras pelo custo de uso, manutenção e expansão das redes, pode atrapalhar o retorno do investimento ou estabelecer uma barreira de entrada para a inserção da nova tecnologia no mercado, diminuindo a viabilidade da geração distribuída. É certo que todos os agentes envolvidos no setor elétrico devem trabalhar juntos para garantir o desenvolvimento econômico e sustentável do setor de energia.

REFERÊNCIAS

ANEEL – AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA.

Resolução Normativa nº 482, de 17 de abril de 2012. Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2012482.pdf>. Acesso em: 03 de abril de 2020.

ANEEL - AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA.

Revisão das regras de geração distribuída entra em consulta pública. 2019. Disponível em: https://www.aneel.gov.br/sala-de-imprensa-exibicao/-/asset_publisher/XGPXSqdMFHrE/content/revisao-das-regras-de-geracao-distribuida-entra-em-consulta-publica/656877. Acesso em: 03 de abril de 2020.

BRASIL. MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA. EMPRESA DE

PESQUISA ENERGÉTICA. Plano Nacional de Energia 2030. Brasília: MME. EPE, 2007. Disponível em: <http://www.epe.gov.br/sites-pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/PublicacoesArquivos/publicacao-165/topico-173/PNE%202030%20-%20Proje%C3%A7%C3%B5es.pdf>. Acesso em: 03 de abril de 2020.

EPE - EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA. ABCDEnergia.

Matriz Energética e Elétrica. 2020. Disponível em: <http://epe.gov.br/pt/abcdenergia/matriz-energetica-e-eletrica> Acesso em: 03 de abril de 2020.

EPE – EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA. **Balço Energético Nacional 2019: Relatório Síntese / Ano Base 2018.**

Rio de Janeiro, maio de 2019. Disponível em: <http://www.epe.gov.br/sites-pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/Publicacaoe->

sArquivos/publicacao-377/topico-470/Relat%C3%B3rio%20S%C3%ADntese%20BEN%202019%20Ano%20Base%202018.pdf. Acesso em 03 de abril de 2020.

FGV ENERGIA. **Recursos Energéticos Distribuídos**. 2016. Cadernos FGV Energia. Ano 3, nº 7. Disponível em: <https://fgve-nergia.fgv.br/publicacao/caderno-de-recursos-energeticos-distribuidos>. Acesso em: 03 de abril de 2020.

GOLDEMBERG, José. LUCON, Oswaldo. **Energias Renováveis: Um futuro sustentável**. In: Revista USP, São Paulo, n.72, p.6-15, dezembro/fevereiro 2006-2007. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/13564/15382>. Acesso em 03 de abril de 2020.

IRENA – Global Energy Transformation. **A roadmap to 2050**. 2019. Disponível em: file:///C:/Users/Gilberto/Downloads/IRENA_Global_Energy_Transformation_2019.pdf Acesso em: 03 de abril de 2020.

IRENA – International Renewable Energy Agency. **Renewable energy and jobs**. Annual Review 2019. Disponível em: <https://www.irena.org/publications/2019/Jun/Renewable-Energy-and-Jobs-Annual-Review-2019>. Acesso em: 03 de abril de 2020.

Organização das Nações Unidas (ONU). **World Population Prospects 2019: Highlights**. 2019. Disponível em: https://population.un.org/wpp/Publications/Files/WPP2019_Highlights.pdf. Acesso em 12 de março de 2020.

REIS, Ciro Marques. **Diversificação da Matriz Energética Brasileira: Caminho para a Segurança Energética em Bases Sustentáveis**. Rio de Janeiro: CEBRI, 2015. Disponível em: http://midias.cebri.org/arquivo/diversifica%C3%A7%C3%A3o-matriz-energetica_vol1.pdf. Acesso em 03 de abril de 2020.

RECOMENDAÇÃO COMO ALERTA DE DOLO E MÁ-FÉ NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Renato Maia de Faria

O princípio republicano, inerente ao Estado Democrático de Direito, exige que haja uma ligação subjetiva entre determinado ato ilícito e o seu agente causador (GARCIA; ALVES, 2015, p.432). No microsistema de tutela da moralidade administrativa, a imputação de ato de improbidade perpassa necessariamente pela presença de tais elementos subjetivos – dolo e, em menor escala, culpa – porquanto as graves sanções previstas na Lei nº 8.429/92 não podem ser aplicadas fundadas em responsabilidade objetiva (FAZZIO JÚNIOR, 2016, p.140). Não obstante a confusão conceitual que ainda impera nos Tribunais de Justiça acerca da segregação entre dolo e má-fé na improbidade administrativa, é nítido, que, embora relacionados, são institutos diversos. O dolo refere-se à vontade livre e consciente da prática do ato enquanto a má-fé consiste nos objetivos almejados pelo agente. Sobre o tema, Emerson Garcia (2015, p.428) pontua: “[...] *aparta-se o dolo da má-fé: o primeiro indica a vontade deliberada na prática do ato; a segunda, os objetivos almejados pelo agente*. É possível que um ato ilegal seja dolosamente praticado, mas seus objetivos sejam nobres, atuando o agente com boa-fé”. Destarte, o dolo da improbidade não se confunde com o *dolus malus* e nem depende da existência de má-fé do agente público, não tendo como um dos seus elementos a potencial consciência da ilicitude (CABRAL, 2016, p.113). Ordinaria-

mente, quando demandados em ações de responsabilização pelas imoralidades qualificadas perpetradas, os agentes ímprobos alegam que não agiram com dolo ao praticar a conduta e não tinham qualquer tipo de má-fé em seus objetivos. Assim, ao avaliar se o agente ímprobo sabia ou tinha condições de saber que sua conduta violava normas de direito administrativo, o Poder Judiciário está realizando a análise do potencial conhecimento da ilicitude do fato. Não obstante, percebe-se que, inúmeras vezes, a avaliação pretoriana fica restrita ao efetivo conhecimento do agente sobre a ilicitude e não sobre o potencial conhecimento. Olvida-se que, ao ingressar na vida pública, exercendo um cargo eletivo ou de gestão, ou mesmo contratando com o Poder Público, o agente deve ter o cuidado de ampliar os seus conhecimentos sobre as normas de direito administrativo. Percebendo tal realidade, os Tribunais Superiores têm atribuído fundamental importância para configuração e demonstração do elemento subjetivo do ato de improbidade administrativa ao controle prévio realizado pelos órgãos de fiscalização, especialmente aos alertas emitidos pelos Tribunais de Contas. Com a publicação da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000) o controle preventivo e concomitante restou fortalecido pela ampliação das atribuições dos Tribunais de Contas para a emissão de alertas quando houver infringência, ou seu risco, a preceitos básicos de gestão do dinheiro público. Por meio deste importante controle, pode-se garantir, em tempo hábil, correções na marcha orçamentária por parte do gestor notificado, possibilitando-lhe rápidas providências para o adequado ajuste da despesa, conforme a lei orçamentária anual. O instituto do alerta está previsto § 1º do art. 59 da LRF e configura, sob o aspecto formal, ato administrativo de natureza cautelar que firma a responsabilidade da autoridade comunicada, cujo objetivo é conduzir o destinatário ao estado de legalidade orçamentária (FERNANDES, 2001 p.125-159). Os descumprimentos desses alertas por parte dos agentes públicos passam a ser considerados como prova inequívoca do elemento subjetivo na prática de ato de improbidade administrativa. Nesse sentido, o Tribunal Superior Eleitoral – TSE, no julgamento do Recurso Especial Eleitoral RESPE nº 8502, considerou que a inobservância aos alertas emitidos pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo

– TCESP configura dolo a ensejar a declaração de inelegibilidade de candidato à prefeitura municipal por improbidade administrativa, nos termos do art. 1º, inciso I, alínea g, da Lei Complementar nº 64/1990. Caminhando nesse sentido, Élide Graziane Pinto (2014, p.3) assevera que os alertas se prestam a formar prova de dolo específico nos crimes contra a Administração Pública, nos crimes da Lei Geral de Licitações e em determinados atos de improbidade, porquanto são atos administrativos de controle externo que operam de forma automática em prol da prevenção de riscos e da correção de desvios capazes de afetar o equilíbrio nas contas públicas e prejudicar a boa gestão dos recursos públicos. A consolidação desse entendimento no que se refere aos alertas dos Tribunais de Contas parece ser uma realidade no pretório pátrio, contudo, há outros instrumentos de características semelhantes que podem ser usados, com abrangência ainda maior, para evidenciar o elemento subjetivo do agente nos atos de improbidade administrativa, passando este resumo a analisar especificamente a recomendação expedida pelo Ministério Público. Dentro do novo perfil constitucional, elenca-se dois modelos para atuação do Ministério Público: o demandista e o resolutivo. O primeiro aspecto refere-se à atuação ministerial ao junto ao Poder Judiciário, transferindo-lhe, por meio do direito de ação, a solução das questões. Ainda que tal postura ainda se mostre necessária em algumas áreas, é cada vez mais assente o entendimento de que a atuação ministerial, mormente na seara dos direitos difusos, deve ser resolutiva, por meio de atuação no “*plano extrajudicial, com um grande intermediador e pacificador da conflituosidade social*” (ALMEIDA, 2015, p.148). A possibilidade de expedição de recomendações pelos Membros do Ministério Público encontra-se prevista no art. 26, VII, da Lei n. 8.625/93 e no art. 6º, XX, da Lei Complementar nº 75/1993, prerrogativa extensiva aos membros do Ministérios Públicos dos estados *ex vi* art. 80 da Lei n. 8.625/93. Disciplinando a matéria em âmbito nacional, o Conselho Nacional do Ministério Público expediu a Resolução nº 164, de 28 de março de 2017. Entre os direitos que cumpre ao Ministério Público tutelar, encontra-se inculpidado tanto na Constituição Federal (arts. 127 e 129, III) quanto na Legislação pátria (Lei 7.347/85, arts. 1º, IV, 3º, II e 13, Lei 8.429/92, art.

17 e Lei 8.625/93) a tutela do patrimônio público. Por serem indeterminados os titulares do interesse na preservação da integralidade do patrimônio público, o direito à moralidade administrativa deve, pois, ser compreendido como um direito difuso (DECOMAIN, 2014, p.30). Inserido nessa categoria jurídica, o patrimônio público pode, e deve, ser protegido preventivamente, emergindo a recomendação como importante instrumento nessa missão. Luciano de Faria Brasil (2004, p.104) salienta que a recomendação, além de ser instrumento de recomposição da legalidade pela via argumentativa e consensual, constitui-se também, quando envolvido no polo passivo o Poder Público, em mais um elemento essencial no sistema de freios e contrapesos, limitando o poder e reforçando o arranjo institucional da divisão funcional do Estado. Na seara da defesa do patrimônio público, a recomendação administrativa possui, ao menos, duas funções de extrema importância: 1) orientar o administrador inábil e 2) revelar a má-fé do gestor ímprobo. Nesse sentido, ao receber uma recomendação administrativa na qual o Membro do Ministério Público expõe, em ato formal, razões fáticas e jurídicas sobre determinada questão, com o objetivo de persuadir o destinatário a praticar ou deixar de praticar determinados atos em benefício do patrimônio público, não poderá alegar o desconhecimento da irregularidade para eximi-lo da má-fé. A partir do momento em que recebeu a recomendação está definitivamente evidenciada a sua intenção de ferir os princípios da moralidade caso continue na prática da conduta. À evidência, conclui-se que a utilização da recomendação administrativa no trato do direito difuso à probidade administrativa, além de possibilitar uma atuação resolutiva do Ministério Público, na medida em que o destinatário poderá convencer-se da necessidade de adotar o comportamento sugerido, aumenta a eficácia de uma possível atuação demandista. Assim, eventual ação, seja criminal ou no âmbito da moralidade administrativa, terá mais chances de sucesso com a demonstração efetiva do dolo e da má-fé pelo recomendado recalcitrante.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. O Ministério Público como fiscal da ordem jurídica na Constituição de 1988 e no Novo CPC para

o Brasil. In GODINHO, Robson Renault; COSTA, Susana Henriques da. **Coleção Repercussões do novo CPC. Ministério Público**. Salvador, Juspodivm, 2015, p. 148.

BRASIL, Luciano de Faria. A recomendação no âmbito do inquérito civil. Breves notas sobre o instituto. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n.52, 2004, p.104

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. O elemento subjetivo do ato de improbidade administrativa. In: DINIZ, Cláudio Smirne; ROCHA, Mauro Sérgio; CASTRO, Renato de Lima (organizadores). **Aspectos controvertidos da lei de improbidade administrativa: uma análise crítica a partir dos julgados dos tribunais**, Belo Horizonte, Del Rey, 2016, p.113.

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2014, p. 30.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência**. 4. ed, rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016,p.140.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. O Poder legislativo, o Tribunal de Contas e o Controle da Responsabilidade Fiscal. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, v.40, n.3, p.125-159, jul./set. 2001

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2015, p.432.

PINTO, Élide Graziane. **Alertas e Controle Concomitante da Administração Pública**. Disponível em <http://www.tce.ms.gov.br/portal/re> <http://www.tce.ms.gov.br/portal/revistaeletronica2/doc/03.pdfvistaeletronica2/doc/03.pdf>., Acesso em 6.4.2020,p.3

DIREITO PÚBLICO EM PERSPECTIVA

Adriano da Silva Ribeiro, Bruna Franceschini,
Flávia Iracema Gimenes e Vivianne Rigoldi (orgs.)

Tipografias utilizadas:
Família Museo Sans (títulos e subtítulos)
Bergamo Std (corpo de texto)

Papel: Offset 75 g/m²
Impresso na gráfica Trio Studio
agosto de 2020