DIREITO PÚBLICO E SOCIEDADE

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 Toríbio (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)
Vania Siciliano Aieta (UERJ, Rio de Janeiro)

ORGANIZADORES:

ADRIANO DA SILVA RIBEIRO, ALDEMIR BERWIG,
PATRÍCIA VERÔNICA NUNES CARVALHO SOBRAL DE SOUZA

DIREITO PÚBLICO E SOCIEDADE

PEMBROKE COLLINS
Rio de Janeiro, 2021

Copyright © 2021 | **Adriano da Silva Ribeiro, Aldemir Berwig, Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de Souza (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 e sociedade / Adriano da Silva Ribeiro, Aldemir Berwig e Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de Souza (organizadores). – Rio de Janeiro: Pembroke Collins, 2021.

v. 1; 750 p.

ISBN 978-65-89891-11-6

1. Direito privado. 2. Direitos sociais. 3. I. Ribeiro, Adriano da Silva (org.). II. Berwig, Aldemir (org.). III. Souza, Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de (org.).

CDD 340

Bibliotecária: Aneli Beloni CRB7 075/19.

SUMÁRIO

ARTIGOS **17**

A (IN)APLICABILIDADE DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA AOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA 19
Carlos Eduardo A. Costa

CRÍTICAS AO PROCESSO OBJETIVO CONTEMPORÂNEO À LUZ DAS ARGUIÇÕES DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 54 E Nº 519 35
Ayrton de Sena Gentil Neto
Pedro Henrique Alencar Rebêlo Cruz Lima

LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS: UMA ANÁLISE DOS DESAFIOS NORMATIVOS DA AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS 52
Giovanna Alves Braga
Luziane De Figueiredo Simão Leal

O DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO NA PANDEMIA DE COVID-19: NOTAS REFLEXIVAS SOBRE O PAPEL DO ESTADO BRASILEIRO 69
Carolina Bessa Ferreira de Oliveira

DIREITO DE RESISTÊNCIA: A HISTORICIDADE DO PODER DE REVOLUÇÃO NO CONTRATO SOCIAL 86
Vanessa Gonçalves Alvarez

PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO FEDERAL: PONTOS E CONTRAPONTOS DOUTRINÁRIOS E LEGAIS 103
Paulo Henrique dos Reis Soares
José Eduardo de Santana Macedo

AS LEIS AMBIENTAIS E A POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS NOS MUNICÍPIOS DO INTERIOR BAIANO..... 121
Vitória Souza Andrade

ASPECTOS CONTROVERTIDOS DO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO 137
Willian Alves de Souza

A FORÇA DOS "PRECEDENTES" JUDICIAIS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: O SISTEMA DELIBERATIVO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES E A APLICAÇÃO DA FUNÇÃO NOMOFILÁCICA COM REPERCUSSÕES NA (IN) SEGURANÇA JURÍDICA..... 154
Tamires Cristina Jacinto de Lima

DIREITO DE GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO: ENTRE O DIREITO DO SERVIDOR E A SATISFAÇÃO DO CIDADÃO..... 172
Tainara Mariana Mallmann
Morgana Patricia Webers Bonfanti
Aldemir Berwig

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: A MORTE DE DETENTOS NO CÁRCERE BRASILEIRO..... 186
Morgana Patricia Webers Bonfanti
Tainara Mariana Mallmann
Aldemir Berwig

ANÁLISE DOS APARELHOS PÚBLICOS DE COMBATE À CORRUPÇÃO E À FRAUDE..... 201
Rubens Arcelino Feliciano Júnior

O DIÁLOGO COMPETITIVO NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES: REGRAMENTO, AVANÇOS E DESAFIOS 219
Camila Pereira Mendonça
Cintia Barudi Lopes

A MEDIDA PROVISÓRIA Nº 966/2020 E SUAS MUDANÇAS NO ÂMBITO DA RESPONSABILIDADE CIVIL E ADMINISTRATIVA DOS AGENTES PÚBLICOS PERANTE OS ÓRGÃOS DE CONTROLE..... 232
Gláucia Maria de Araújo Ribeiro
Thales Ferreira Leite

ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NA ATUAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA.....248
Gláucia Maria de Araújo Ribeiro
Rodrigo Monteiro de Paula Leite

O ENCARCERAMENTO DE GESTANTES NA PENITENCIÁRIA FEMININA LEMOS DE BRITO, NA CIDADE DE SALVADOR.....261
Jasmine Lima de Melo

UMA RELEITURA SOBRE OS CONTRATOS TEMPORÁRIOS QUE EXCEDEM O TEMPO MÁXIMO PERMITIDO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA E A PROTEÇÃO AOS DIREITOS DO TRABALHADOR.....278
Júlio César Mendes Brasil
Felipe Lima Pinheiro

AÇÃO POPULAR, INSTRUMENTO DE DEFESA DO MEIO AMBIENTE: APONTAMENTOS A PARTIR DO ARTIGO 225 DA CARTA DE 1988.....296
Cinthia da Silva Barros

ASPECTOS INTRODUTÓRIOS SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS, TRIBUTAÇÃO E POSSÍVEIS CAMINHOS PARA O COMBATE À PANDEMIA (COVID-19).....306
Jeferson Teodorovicz
Antônio de Moura Borges

HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA COMO OBRIGAÇÃO ABSTRATA.....328
Maximiliano Carlos da Silva Barboza

A INSTITUIÇÃO DO PORTAL NACIONAL DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS E A PUBLICIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS NA LEI Nº 14.133, DE 1º DE ABRIL DE 2021.....344
Joelma Rayane Dantas

A LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO: UMA BREVE ANÁLISE À LUZ DO PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA.....356
Thaís Fonseca Rebouças

A REVITIMIZAÇÃO INSTITUCIONAL E O CASO MARIANA FERRER.....373
Marina Avozani Munaretto

FORMAÇÃO DE PREÇO PARA COMPRAS PÚBLICAS A PARTIR DA EXPERIÊNCIA DA COVID-19.....391
Gabriel Siggelkow Guimarães

A JUSTIÇA DE ALF ROSS E O NOSSO DIREITO VIGENTE.....407
Thaysa Navarro de Aquino Ribeiro

CRISE DEMOCRÁTICA BRASILEIRA E O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO.....418
Anny Carolina Nogueira Lods da Silva
Diogo Pinto Mendes Carlos
João Pedro Felipe Godoi

A INCONSTITUCIONALIDADE DA PROIBIÇÃO DE PRÁTICA DE PROPAGANDA NEGATIVA PELO ELEITOR COMUM.....436
Lucas Felipe de Oliveira Soares
Rodolfo de Assis Ferreira

A INTERVENÇÃO FEDERAL NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO: INSTRUMENTO HÁBIL A "PÔR TERMO AO GRAVE COMPROMETIMENTO DA ORDEM PÚBLICA"?.....454
Marcos Orlando Cardoso Massena Filho

A CRIMINALIZAÇÃO DO INADIMPLEMENTO REITERADO DO ICMS PRÓPRIO E DECLARADO: ASPECTOS CRÍTICOS DO POSICIONAMENTO EXARADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO RHC Nº 163.334/SC.....471
Laura Melo Zanella Felipe

O PAPEL DA LEI NO DIREITO TRIBUTÁRIO COMO INSTRUMENTO DE TUTELA DA SEGURANÇA.....489
Michele Ribeiro Haddad
Vitória Machado Rodrigues Sousa De Freitas
Laura Gama Guerreiro

A CEGUEIRA NAS BASES DAS POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS NO BRASIL: SERÁ POSSÍVEL UMA LUCIDEZ ATRAVÉS DOS *PUNITIVE DAMAGES*?.....505
Igor Labre de Oliveira Barros
Ângela Issa Haonat

O DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO EM ROTA DE CONFLITOS: UTILIZAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE E TENTATIVA DE HARMONIZAÇÃO.....519
Bárbara Peixoto Nascimento Ferreira de Souza

AS NORMAS LEGAIS USADAS NO FOMENTO À INOVAÇÃO NO PAÍS E SUA HIERARQUIZAÇÃO.....533
Thiago Domingos Marques

NATUREZA DIRIGENTE DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA: A JURIDICIZAÇÃO E JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....551
Caio Pacca Ferraz de Camargo
Taysa Pacca Ferraz de Camargo

AS MEDIDAS PROVISÓRIAS MUNICIPAIS COMO INSTRUMENTO DE GESTÃO PÚBLICA.....561
Marcio Filipe Carvalho Pereira

A IN(EXISTÊNCIA) DE LIMITAÇÃO TEMPORAL PARA A CELEBRAÇÃO DOS ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEIS.....579
Flávia Baracho Lotti Campos de Souza

GARANTIA DE PARTICIPAÇÃO POPULAR NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UM INCENTIVO AO CONTROLE SOCIAL.....598
Izabel Cristina da Silva

ATENDIMENTO AO MUNÍCIPE: UM ESTUDO SOBRE A IMPLEMENTAÇÃO DA CENTRAL ON-LINE DE ATENDIMENTO DA PREFEITURA DE FRANCA-SP.....617
Bernadete Oliveira Sidney Viana Dias
Mailson Fernando Mendonça Guimarães

ANÁLISE DO INQUÉRITO POLICIAL MILITAR À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....630
Marco Aurélio de Jesus Pio
Socrat Rodrigues Lopes

A EXEGESE DO ART. 14, § 8º, INCISO I E II DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....645
Luiz Alexandre Souza da Costa

CIDADANIA FISCAL NA PRÁTICA: UMA ALTERNATIVA PARA O CIDADÃO ADMINISTRAR SEU IMPOSTO POR MEIO DE DOAÇÕES LEGAIS FEITAS NO IMPOSTO DE RENDA 663
Carlos Lopatiuk

O ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO E A (IM)POSSIBILIDADE DE ENQUADRAMENTO DO BRASIL NESSE MODELO TEÓRICO 681
Bruno Pereira de Andrade

RESUMOS 699

A IMPORTÂNCIA DO RESGUARDO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA NO CONTEXTO DE CALAMIDADE PÚBLICA DA PANDEMIA DA COVID-19 701
Adriana Souza Dinelly

A RECONSTRUÇÃO DA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO SOB A ÓTICA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO 707
Adriano da Silva Ribeiro

ATITUDES DO PODER PÚBLICO FRENTE À BUSCA PELO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL 712
Kleber Destefani Ferretti

DIREITO ADMINISTRATIVO E A COVID-19 717
Gabriel Siggelkow Guimarães

A DISTRIBUIÇÃO DA CARGA TRIBUTÁRIA BRASILEIRA E SEUS REFLEXOS NA ACENTUAÇÃO DA DESIGUALDADE SOCIAL 720
Joelma Rayane Dantas

A INCIDÊNCIA DO IPVA SOBRE EMBARCAÇÕES E AERONAVES E O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA 725
Lilian Limeira
Neila Batista de Oliveira

IMUNIDADE TRIBUTÁRIA NOS TEMPLOS RELIGIOSOS 731
Michele Ribeiro Haddad
Vitória Machado Rodrigues Sousa De Freitas
Laura Gama Guerreiro

MODICIDADE TARIFÁRIA E UNIVERSALIZAÇÃO DO SANEAMENTO BÁSICO: DESAFIOS ÀS REGULAÇÕES DA LEI N° 14.026/2020.....737
Lucas Correa Faim

ASPECTOS E MODELOS JURÍDICOS APLICADOS À GESTÃO DE PARQUES URBANOS: ESTUDO DE CASO DO PARQUE NATURAL MUNICIPAL DE REDENÇÃO-PA.....743
Aristóteles Alves do Nascimento

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
Arthur Bezerra de Souza Junior	Universidade Nove de Julho, Brasil
Bruno Zanotti	PCES, Brasil
Claudia Nunes	Universidade Veiga de Almeida, Brasil
Daniel Giotti de Paula	PFN, Brasil
Danielle Ferreira Medeiro da Silva de Araújo	Universidade Federal do Sul da Bahia, 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
Maria do Carmo Rebouças dos Santos	Universidade Federal do Sul da Bahia, Brasil
Nikolas Rose	King's College London, Reino Unido
Oton Vasconcelos	Universidade de Pernambuco, Brasil
Paula Arévalo Mutiz	Fundación Universitária Los Libertadores, Colômbia
Pedro Ivo Sousa	Universidade Federal do Espírito Santo, Brasil
Santiago Polop	Universidad Nacional de Río Cuarto, Argentina
Siddharta Legale	Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil
Saul Tourinho Leal	Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasil
Sergio Salles	Universidade Católica de Petrópolis, Brasil
Susanna Pozzolo	Università degli Studi di Brescia, Itália
Thiago Pereira	Centro Universitário Lassale, Brasil
Tiago Gagliano	Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Brasil
Walkyria Chagas da Silva Santos	Universidade de Brasília, Brasil

SOBRE O CAED-Jus

O **Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus)** é uma 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 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 *e-book* 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 níveis nacional e internacional,

tendo membros do Brasil, Estados Unidos, Colômbia, Argentina, Portugal, Reino Unido, Itália e Alemanha.

Em 2021, o **CAED-Jus** organizou seu tradicional **Congresso Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus 2021)**, que ocorreu entre os dias 28 a 30 de abril de 2021 e contou com 13 Grupos de Trabalho com mais de 650 artigos e resumos expandidos de 66 universidades e 38 programas de pós-graduação *stricto sensu*. A seleção dos trabalhos apresentados ocorreu através do processo de *double blind peer review*, o que resultou na publicação dos 13 livros do evento.

Os coordenadores de GTs organizaram os respectivos livros, e no caso de GTs que não tenham tido ao menos 18 trabalhos aprovados, estes foram realocados em outro GT, conforme previsto em edital específico. Os coordenadores de GTs também indicaram artigos para concorrer ao Prêmio CAED-Jus 2021. A Comissão Avaliadora foi composta pelas professoras Débora Soares Karpowicz (UNIASSELVI e RJE), Mayra Thais Andrade Ribeiro (IBMEC) e Mércia Cardoso de Souza (TJCE). **O trabalho premiado é de autoria de autoria de Fátima Gonçalves Messias Takahashi, intitulado "A representatividade do ministério público na comunidade quilombola-kalunga riachão: um relato".**

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

ARTIGOS

A (IN)APLICABILIDADE DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA AOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Carlos Eduardo A. Costa

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo precípuo fixar os principais pontos controvertidos acerca da aplicação da teoria da cegueira deliberada aos atos de improbidade administrativa no ordenamento jurídico brasileiro. Utilizou-se a metodologia exploratória, realizada a partir da análise de casos concretos julgados pelos Tribunais brasileiros, da legislação pátria e da doutrina existente sobre o tema proposto, bem como a técnica bibliográfica, consistente na investigação em material teórico de autores renomados no meio jurídico.

A teoria da cegueira deliberada foi criada no contexto do sistema jurídico da *common law* e é utilizada em larga escala há muito tempo na esfera penal, principalmente na Inglaterra e nos Estados Unidos da América, para punir atos em que o sujeito cria deliberadamente barreiras para desconhecer determinada situação e, no mais das vezes, tira algum proveito da ilicitude praticada mediante a sua ignorância provocada.

Recentemente, a referida teoria ganhou notoriedade e passou a ser referida no julgamento de alguns casos no Brasil, país em que vige o sistema jurídica da *civil law*, inclusive fora da esfera penal, notadamente no meio da improbidade administrativa. Os Tribunais brasileiros têm entendido, de

maneira geral, que a teoria da cegueira deliberada pode ser equiparada ao dolo eventual, não havendo óbice à sua aplicação, portanto.

A adoção da teoria da cegueira deliberada pode se mostrar inovadora à primeira vista, mas, se bem analisada, há de se reconhecer que houve transposição equivocada e desnecessária da figura para a realidade brasileira, que já tem muito bem definidos seus conceitos de dolo e culpa, não havendo que se procurar um terceiro tipo de imputação subjetiva. Além disso, sua aplicação, ao menos no âmbito brasileiro, pode se prestar a ferir gravemente princípios constitucionais caros ao sistema jurídico pátrio, como o princípio da legalidade, devido à expansão inadequada do conceito de dolo. Assim, embora a teoria da cegueira deliberada venha sendo cada vez mais utilizada para fundamentar decisões judiciais, não escapa às críticas ferrenhas de alguns autores.

Para melhor compreender o problema e chegar a uma conclusão acertada sobre a aplicação da teoria no âmbito da improbidade administrativa, mister se faz compreender o conceito de improbidade administrativa, sua natureza, as sanções possíveis, os princípios que regem esse meio, bem como os aspectos da teoria da cegueira deliberada e as consequências de sua aplicação.

1. A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA E SUA APLICABILIDADE EM RELAÇÃO AOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

1.1. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Conceitua-se improbidade administrativa como ato ilícito de natureza civil e política, pois pode implicar a suspensão dos direitos políticos, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento dos danos causados ao erário, consoante ensinamento de Maria Sylvia Zanella di Pietro (DI PIETRO, 2018, p. 1022).

Os atos de improbidade administrativa encontram-se expressamente previstos na Lei 8.429/1992, mais especificamente nos artigos 9º, 10, 10-A e 11, importando, assim, mencionar o conteúdo dos artigos supracitados (artigos 9º, 10, 10-A e 11), respectivamente.

O artigo 9º trata, propriamente, do enriquecimento ilícito, que ocorre independentemente do prejuízo para a Administração Pública, inclusive. Basta a intenção do agente em obter vantagem indevida por meio de ato ilícito. Observe- se, no entanto, que nessa esfera só se admite a forma dolosa, estando insuscetível de responsabilização a conduta praticada culposamente.

O artigo 10 trata do dano ao erário, conduta comissiva ou omissiva que acarreta perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres da Administração Pública e demais entidades mencionadas no art. 1.º da Lei de Improbidade Administrativa. É de se dizer, também, que basta a "mera" lesão ao erário, a despeito do efetivo enriquecimento ilícito por parte do agente através da prática do ato.

O artigo 10-A, que foi inserido posteriormente pela Lei Complementar 157/2016, cuida da concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõem o caput e o §1º do art. 8º-A da Lei Complementar nº 116/2003.

O artigo 11 dita que constitui ato de improbidade administrativa o ato que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão dolosa (não admite a figura da culpa) que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.

Desta feita, restará configurada a improbidade administrativa na ocasião de ofensa a todo e qualquer princípio relativo à Administração Pública, seja ele previsto expressamente ou não (implícito). Nem poderia ser diverso o entendimento, já que não existe hierarquia entre os princípios em abstrato, sendo tão somente possível a precedência de um em relação a outro à luz do caso concreto (BARROSO, 2009, p. 329).

O ato de improbidade administrativa não recebe sanção criminal, de forma que não pode ser considerado um ilícito penal. O ato de improbidade administrativa é tratado na esfera cível, sofrendo consequências, ainda, na seara política e, eventualmente, no âmbito criminal. É que pode o ilícito praticado corresponder tanto a um ato de improbidade administrativa quanto a uma conduta criminosa mesmo. Nesse caso, sofrerá sanções de todos os lados, simultaneamente.

Desse modo, Maria Sylvia Zanella di Pietro utiliza como critério de classificação do ato de improbidade administrativa através das sanções previstas no artigo 37, §4º da Constituição Federal, concluindo sabiamente

que a improbidade administrativa, conquanto possa realmente ter sanções tanto no âmbito criminal, quanto no âmbito administrativo, caracteriza ilícito de natureza política e civil, porque pode implicar a suspensão dos direitos políticos, a indisponibilidade de bens e o ressarcimento dos danos causados ao erário (DI PIETRO, 2018, p. 1022).

1.2. A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA

A teoria da cegueira deliberada é um desenvolvimento do direito anglo-saxão, tendo como berço a Inglaterra, no ambiente da *common law*, portanto, e foi pela primeira vez utilizado na ocasião do julgamento do paradigmático caso *Regina v. Sleep*, ocorrido em meados do século XIX, mais precisamente em 1861 (VALLÉS, 2013, p. 13).

Importada do inglês *willful blindness doctrine* ou *concious avoidance doctrine*, também recebe a denominação de teoria das instruções do avestruz (*ostrich instructions doctrine*), aludindo ao fato de que os avestruzes enterram sua cabeça na terra como mecanismo de defesa pessoal, ignorando tudo à sua volta, e é utilizada com a finalidade de resolver situações lacunosas em que o agente não conhece um ou mais elementos do tipo porque, propositadamente, "cerrou os olhos" para tal(is) elemento(s), ou porque foi desidioso, não diligente, no sentido de aclarar a dúvida que pairava sobre ele(s), por razão de sua própria conveniência (SYDOW, 2019, p. 36).

Referida lacuna existiria justamente porque a teoria do delito trata da tipicidade como um conceito positivo, desconsiderando as situações de ignorância criada acerca de elementos do tipo. Quer dizer, o instituto jurídico da cegueira deliberada trabalha com a ideia da autocolocação deliberada (de forma consciente e voluntária) do sujeito em estado de ignorância, impedindo, assim, a formação de maior grau de certeza acerca da ilicitude da sua conduta.

É preciso consignar que, embora o estudo deste tema ora se dê com maior abrangência no âmbito jurídico, tem-se como certo que a cegueira deliberada é um fenômeno social, antes de qualquer coisa.

A autora americana Margareth Heffernan aborda o tema da cegueira deliberada como sendo uma espécie de mecanismo de defesa inerente ao ser humano, pois, segundo ela, protegemos nossas vidas pelas nossas ilusões ("*We protect our life with our illusions*").

Vallès exemplifica a questão a partir do caso do cônjuge que suspeita estar sendo traído, mas prefere não investigar por receio de que os fatos venham a ser confirmados posteriormente (VALLÉS, 2013, p. 11).

No Brasil, a teoria recebeu menção pela primeira vez no meio jurídico por ocasião do julgamento feito pela Justiça Federal e, em segunda instância, pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, do caso do assalto ao Banco Central do Brasil em Fortaleza (CE), ocorrido em 2005.

Também outros casos brasileiros merecem destaque, como o apelidado "Mensalão" (Ação Penal nº 470-MG), julgado pelo Supremo Tribunal Federal, bem como o da Operação Lava-Jato (Ação Penal nº 5026212-82.2014.4.04.7000/PR).

Consabidamente, o Direito brasileiro é adepto do sistema jurídico ligado à *civil law*, o que logo o distingue da Inglaterra e dos Estados Unidos da América, países nos quais a teoria da cegueira deliberada nasceu, desenvolveu-se e teve aplicação em larga medida, consoante análise feita anteriormente. Malgrado sejam decididamente distintos entre si os ordenamentos jurídicos que seguem o modelo da *civil law* e da *common law*, é fato que o instituto da *willful blindness* foi recentemente importado para o Brasil e vem sendo aplicado nas decisões judiciais – não sem alguma crítica, contudo.

O emblemático caso do Assalto ao Banco Central de Fortaleza (CE), ocorrido em 2005 e que ganhou tanta notoriedade no Brasil e mesmo no mundo que virou filme, mostra-se digno de menção. Depreende-se do acórdão de relatoria do desembargador Rogério de Meneses Fialho Moreira, proferido em face da Apelação Criminal nº 5520-CE 2005.81.00.0014586-0, que várias pessoas foram acusadas de furtar R$ 164.755.150,00 (cento e sessenta e quatro milhões, setecentos e cinquenta e cinco mil cento e cinquenta reais) do Banco Central de Fortaleza através da escavação de túnel de cerca de 75 (setenta e cinco) metros de extensão.

Logo após o furto ter sido efetuado com sucesso, os bandidos dirigiram-se a uma loja de automóveis e adquiriram 11 veículos, pelos quais pagaram em espécie o valor de R$ 980.000,00 (novecentos e oitenta mil reais). Os donos da loja de automóveis que venderam os veículos foram denunciados por lavagem de dinheiro e condenados com base na teoria da cegueira deliberada. O magistrado federal que proferiu a sentença condenatória consignou que, para ser aplicada, a teoria exigiria a existência dos

elementos do conhecimento do agente de que havia alta probabilidade de que os bens e valores eram provenientes de crime e que o agente agiu com indiferença em relação a tal conhecimento (SYDOW, 2019, p. 218). Contudo, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região reformou a decisão proferida pelo juiz singular, afastando a possibilidade de aplicação da teoria devido à proximidade da responsabilidade penal objetiva, que é rechaçada pelo ordenamento jurídico pátrio.

A despeito disso, admitiu-se que a teoria da cegueira deliberada poderia ser aplicada, ressaltando que a figura equiparar-se-ia ao dolo eventual, o que não ocorreu no caso concreto, pois o crime de lavagem de dinheiro exige dolo específico. Portanto, nessa ocasião, malgrado a reforma da decisão condenatória prolatada em primeira instância, o Tribunal firmou entendimento no sentido de equiparar a cegueira deliberada ao dolo eventual.

2. A INAPLICABILIDADE DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA AOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A teoria da cegueira deliberada tem recebido – não por acaso, até porque é uma figura concebida no ventre do Direito Penal – aplicação sobretudo na área criminal, conforme visto com algum detalhamento. No entanto, a aplicação da referida teoria não fica restrita à esfera penal.

Recentemente, no país, algumas decisões proferidas em casos concernentes à improbidade administrativa manifestaram expressamente adesão à teoria da cegueira deliberada. O caso paradigmático em que ocorreu o uso da teoria da cegueira deliberada no meio do Direito Administrativo foi o da Apelação Cível nº 0009252- 56.2010.8.26.0073, decorrente de Ação Civil Pública e julgada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em abril de 2014.

No referido caso, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reputou perfeitamente adequada a incidência da teoria da cegueira deliberada em face da responsabilidade civil por ato de improbidade administrativa, por terem os corréus da ação fingido não perceber o superfaturamento praticado com a nova contratação através do Termo de Parceria, objeti-

vando unicamente lesar o patrimônio público, não podendo agora quererem se beneficiar da sua própria torpeza.

Em 2015, novamente o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo utilizou a teoria na apreciação da Apelação n° 3001041-93.2013.8.26.0648, decorrente também de Ação Civil Pública originada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face do ex-prefeito da cidade de Sales/SP, servidores municipais e empresas concorrentes de processo de licitação por fraude em processos licitatórios. No caso, o juízo de primeira instância julgou procedente a ação para o fim de condenar todos os réus por improbidade administrativa, por ter ficado demonstrado nos autos que houve conluio fraudulento para contratação de empresa de venda e de instalação de aparelhos de ar condicionado no município. Irresignados, os acusados interpuseram recurso de apelação, o qual não logrou êxito.

O Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu pela manutenção da sentença prolatada pelo juiz singular, constatando o Desembargador Relator Rebouças de Carvalho que a ignorância deliberada dos corréus ocorreu no sentido de fingirem desconhecer o fato de que as empresas vencedoras assim o foram através de processo licitatório direcionado, com fraude e afastamento da concorrência.

A teoria da cegueira deliberada também não passou despercebida aos olhos do Desembargador Federal Rubens de Mendonça Canuto, do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, no julgamento da Apelação Cível nº 00058476320144058100, que discutia a responsabilização por ato de improbidade administrativa de auditor fiscal que teria deixado de aplicar multas de ofício à determinada distribuidora de alimentos, favorecendo-a indevidamente.

O Desembargador Federal Relator Rubens Canuto asseverou no corpo do acórdão, *in verbis*:

> E essa atuação irregular se deu de forma deliberada, isto é, de maneira dolosa, uma vez que o auditor fiscal deixou de averiguar, de maneira livre e consciente, a data do recebimento das DCTF's, mesmo quando era possível fazê-lo por meio de simples consulta ao sistema informatizado da Receita Federal. **Fê- lo por dolo de forma malsão quando se colocou voluntariamente em estado de desconhecimento (teoria da cegueira deliberada),**

> **ao deixar de diligenciar a (in)tempestividade da entrega das declarações do contribuinte que chegaram a ele – ao auditor fiscal – sem data e por meio de disquete, ainda que essa informação, como dito, pudesse ser colhida do sistema de dados da receita, optando por situação que lhe rendeu a percepção de vantagem indevida em dinheiro.**

Novamente, reconheceu-se a possibilidade de responsabilização por ato de improbidade administrativa ao agente que se coloca, voluntariamente, em estado de desconhecimento, no caso, por deixar de diligenciar a tempestividade da entrega das declarações do contribuinte que chegaram ao auditor fiscal (réu), mediante recebimento de vantagem indevida.

A jurisprudência pátria, de uma maneira geral tem entendido que a cegueira deliberada é equiparada ao dolo eventual, não havendo, nessa condição, óbice à sua aplicação em relação aos atos de improbidade administrativa, considerando ainda que o ordenamento jurídico pátrio sequer faz distinção, para fins punitivos, entre dolo direto e dolo eventual.

Sustentam os autores Wallace Paiva Martins Júnior e Márcio Fernando Elias Rosa que há de se entender de maneira levemente distinta a teoria no âmbito administrativo, pois cada ramo do direito guarda suas peculiaridades próprias. Argumentam que as construções teóricas próprias do direito penal não são necessariamente as mesmas para os limites da responsabilização por improbidade administrativa (MARQUES, 2017, p. 238).

Continuam a explicar os autores que, se o agente público, por exemplo, descumpre dever primário de vigilância e de lealdade mesmo em face de ato ou contrato com firme e provável carga de imoralidade e lesividade, revelando aparente desconhecimento do intento de terceiros, ter-se-á já justificada a reprovação da sua conduta por violação do dever de probidade. Isso porque, ainda que o agente seja escusado em relação ao suposto desconhecimento, teria sido negligente e sua omissão feriria o princípio da eficiência, que é igualável ao da moralidade administrativa.

Inclusive, foi exatamente essa a *ratio decidendi* exarada em interessante e recente decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região no julgamento da Apelação Cível em ação de improbidade administrativa de nº 0029378- 78.2001.4.03.6100.

O citado caso trata de ação de improbidade administrativa ajuizada com o fito de responsabilizar servidores públicos do Ministério da Fazenda do Estado de São Paulo e terceiros particulares pelo cometimento de fraudes para concessão e recebimento de benefícios indevidos. O esquema consistia na inclusão de dados falsos no sistema a fim de que pensionistas fictícios passassem a constar na folha de pagamentos de inativos da União, ao passo que os terceiros beneficiários anuíam com a fraude, recebendo mensalmente os valores e repassando parte deles aos servidores públicos.

No julgamento da apelação, discutiu-se sobre a possibilidade de responsabilização do chefe da Gerência Regional de Administração (GRA), que supervisionava a Gerência de Recursos Humanos, a qual tinha como subordinada a Divisão de Inativos e Pensionistas, onde as fraudes foram realizadas. A Desembargadora Federal Relatora Cecília Marcondes asseverou em seu voto:

> [...] **Se fosse diligente, o apelante teria constatado a irregularidade do procedimento e atuado de forma positiva para impedir o prejuízo à Administração.**
>
> A conivência do apelante também se faz presente no fato de saber que o sistema SIAPE era falho e, ainda assim, não implantar política de maior fiscalização na concessão de pensões e benefícios. Neste aspecto, foram mais de 5 anos (de 96 a 2001) sem que o apelante realizasse auditorias ou análises mais aprofundadas sobres os procedimentos administrativos e, principalmente, sobre os trabalhos realizados pelos servidores que a ele se reportavam direta ou indiretamente.
>
> Importante salientar que apesar de o apelante alegar desconhecer que o sistema SIAPE era vulnerável e falho, a premissa não pode ser aceita como verdadeira, haja vista que ele assumiu o cargo na GRA em dezembro/95 e as fraudes só foram descobertas em 2001. Portanto, o apelante teve tempo mais do que suficiente para conhecer e se inteirar sobre o sistema operacional.
>
> Também teve tempo bastante para formar sua equipe de apoio e conhecer os servidores dos setores que comanda, não sendo razoável escorar-se na alegação de que confiava em seus subordina-

> dos. **Assim, entendo que neste caso se aplica, emprestada do Direito Penal, a teoria da cegueira deliberada, pela qual se pune o agente que se coloca em estado de desconhecimento ou ignorância para não conhecer detalhadamente as circunstâncias de uma situação suspeita**. [...]
>
> Na espécie, ficou demonstrado no bojo dos autos que o apelante Álvaro omitiu-se em suas funções básicas como gestor da GRA, não controlando e nem supervisionando as atividades concernentes à concessão de pensões e benefícios, permitindo a ocorrência de fraudes na Gerência de Recursos Humanos, que lhe era diretamente subordinada.

No julgamento acima tratado, vê-se que foi utilizada a teoria da cegueira deliberada para punir agente público por ato de improbidade administrativa que foi omisso/desidioso no exercício de sua atribuição, que consistia em fiscalizar efetivamente as concessões de benefícios e pensões realizadas por seus subordinados.

Como é sabido, a legalidade é a regra que norteia toda a atuação administrativa, de forma que a Administração Pública nada pode fazer que não esteja expressa e previamente previsto em lei, distintamente do que ocorre nas relações privadas, em que vige a autonomia da vontade e em que o cidadão pode fazer absolutamente tudo o que não seja proibido por lei. Nesse sentido, sustenta-se que a má gestão resultante da cegueira deliberada deve ser reprimida, ainda que ausente a intencionalidade específica por parte do agente, não se tratando de assunção da responsabilidade derivada de conduta ou por fato alheio, mas de associação, por descuido manifesto de um dever que é próprio e típico do agente público, o dever de evitar a causação da violação do primado da moralidade administrativa.

De outro vértice, a crítica no sentido de que é inaplicável a teoria da cegueira deliberada especificamente em relação aos atos de improbidade administrativa não é destituída de fundamento. Ao revés, os argumentos que defendem a inaplicabilidade da teoria são bem contundentes, conforme se discorrerá adiante.

A aplicação da teoria sofre críticas sob o prisma da legalidade. É que o sistema normativo brasileiro traz na lei as definições de dolo no artigo 18, I, do Código Penal, seja ele o direto (o agente efetivamente desejou o

resultado) ou o eventual (o agente assumiu o risco de produzir o resultado, ainda que não o desejasse diretamente), bem como de culpa (resultado produzido por negligência, imperícia ou imprudência), no artigo 18, II, do Código Penal.

Em comentário ao julgamento do caso do assalto ao Banco Central de Fortaleza (CE), Spencer Sydow assevera que foi considerada uma problemática mistura entre as figuras do dolo eventual e da cegueira deliberada. Explica que o agir com indiferença quanto ao resultado da conduta é ter ciência de um resultado possível e permanecer agindo apesar da ciência, exatamente como em situação de dolo eventual. Contudo, a cegueira deliberada ocorre quando o agente não tem ciência de um resultado possível, pois não buscou essa ciência, ou, ao menos, impôs barreiras para que ela não sobreviesse (SYDOW, 2019, p. 221).

Já no caso da Operação Lava-Jato, também tratada na seção anterior, referida decisão foi alvo de críticas. Novamente, nota Spencer Sydow, justamente no ponto em que equipara a figura do dolo eventual com a figura da cegueira deliberada, que a escolha de o agente permanecer em estado de ignorância, mesmo conhecendo a sistemática do problema é, em verdade, dolo, porque há consciência da situação. Por sua vez, a cegueira deliberada é instituto de imputação subjetiva em situações de inexistência de consciência. Dessa forma, finaliza o raciocínio afirmando que não se trata de equiparação de uma figura à outra, posto que distintas, mas de verificação da imputação.

Crítica contundente neste sentido também é a tecida pelo jurista Guilherme Brenner Lucchesi. O autor sustenta que o dolo eventual e a cegueira deliberada não são categorias jurídicas equivalentes ou equiparáveis, mesmo porque, caso fossem iguais, não seria sequer necessária construção teórica acerca da cegueira deliberada, pois que a aplicação do dolo eventual seria suficiente (LUCCHESI, 2017, p. 224). Lucchesi explica que, se o conhecimento é um requisito indispensável do dolo, nos termos do artigo 20 do Código Penal, uma situação envolvendo ausência de conhecimento não pode ser considerada dolosa sem que haja elementos que permitam a atribuição de algum grau de domínio à conduta do autor.

Nesse esteio, não se poderia simplesmente introduzir no sistema jurídico um *tertium genus*, isto é, um terceiro tipo de imputação subjetiva, à míngua da legislação vigente, ao menos não sem afronta violenta ao prin-

cípio constitucional da legalidade, positivado no artigo 5º, II, da Constituição Federal. Entende-se que o sistema de imputação subjetiva vigente no ordenamento jurídico pátrio já abarca possíveis situações de cegueira deliberada, de forma que, se não se pode dizer que o uso da teoria no Brasil é inadequada ao sistema brasileiro de imputação subjetiva, ao menos mostra-se desnecessária.

Guilherme Brenner Lucchesi, profundo conhecedor do tema da cegueira deliberada, sustenta não haver identidade entre a figura do dolo eventual e a teoria da cegueira deliberada, afirmando que a pretensa equivalência entre ambos é criada artificialmente (LUCCHESI, 2017, p. 225).

Destaque-se, por fim, que a teoria não deve nunca ser utilizada como meio de fuga ao *onus probandi* do processo, isto é, não pode ser utilizada em casos em que não houve um esforço significativo ou não se conseguiu demonstrar plenamente o dolo ou a culpa (imputação subjetiva), havendo que se respeitar a vedação à responsabilidade objetiva. Assim, verifica-se que é imprópria ou pelo menos desnecessária a transposição da teoria da cegueira deliberada ao ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que o sistema de imputação subjetiva (dolo e culpa) já cumpre suficientemente o seu papel, não deixando margem à determinadas situações supostamente insuscetíveis de punição pelo direito administrativo sancionador.

Perceba-se, ademais, que em vários julgados os acórdãos referem-se a ter o agente "fingido desconhecer" determinada situação ou fato. Oras, quem finge desconhecer algo, efetivamente o conhece, ou ao menos conhece em parte e, nesse passo, se conhecia a situação e concordou com ela, de modo ativo ou omissivo, incorreu em dolo eventual, no mínimo. O elemento anímico na conduta do agente deve restar perfectibilizado, sob pena de não haver falar em improbidade administrativa, mas tão somente em irregularidade administrativa. Entendimento diverso poderia levar ao absurdo de se punir agente público que, embora não dotado de má-fé, foi ingênuo ou desleixado, o que não parece ser o objetivo precípuo da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992).

Assim, nota-se que, no sistema jurídico brasileiro de imputação subjetiva, não há de fato lacunas a serem colmatadas pela teoria da cegueira deliberada, o que torna inócua a tentativa de adaptação da teoria da cegueira deliberada à realidade brasileira, tendo em vista, sobretudo, que os conceitos de dolo e culpa já tratam suficientemente de todas as situações

puníveis, havendo que se perquirir sempre pela presença ou não do dolo, mesmo que eventual, na conduta do agente.

3. CONCLUSÃO

Em conclusão, para que reste configurado o ilícito de improbidade administrativa deve haver comprovação irredarguível de que a conduta do agente foi dotada de dolo ou, excepcionalmente, no caso do artigo 10 da Lei 8.429/1992, culpa grave (rememore-se que a possibilidade de condenação por ato ímprobo culposo já não é mais assunto pacífico na jurisprudência, sobretudo após o advento do artigo 28 da LINDB).

Argumenta-se que ao sujeito praticante de ato de improbidade administrativa seria possível esquivar-se das garras da Justiça ao alegar simplesmente que nada sabia acerca da ilicitude praticada, sendo que, na verdade, este teria fechado os olhos e de certa forma escolhido não saber, justamente para evitar eventual punição pela prática do ilícito.

É para combater este tipo de situação que veio a ser aplicada a teoria da cegueira deliberada, para além da área do Direito Penal à qual foi inicialmente restrita, também no âmbito do Direito Administrativo, mais especificamente nos casos relacionados à prática de improbidade administrativa. No entanto, apesar do intuito nobre, a transposição da teoria da cegueira deliberada aos atos de improbidade administrativa revela-se tanto inapropriada quanto desnecessária, tendo em vista que as situações passíveis de aplicação já são abarcadas suficientemente pelas noções de dolo e culpa, com destaque ao denominado dolo eventual, havendo ainda aquelas em que não deve haver punição, por ausência do elemento subjetivo imprescindível para tanto.

Consideração categórica e que sintetiza perfeitamente a conclusão a que se chega ao fim do presente trabalho é a tecida pelo magistrado Thiago Baldani Gomes de Filippo, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em sentença proferida nos autos de Ação Civil Pública nº 1042137-88.2018.8.26.0053 em face de Fernando Haddad e outros:

> Teoricamente, no Brasil, ao contrário de outros países, como a Espanha e a Alemanha, existe a definição de dolo, a teor do art. 18, I, do CP, subdividindo-se em dolo direto (sujeito quis o resultado)

> e indireto-eventual (sujeito assumiu o risco de produzir o resultado), de maneira que não se pode desgarrar da definição legal, sob a pena de violação ao princípio da estrita legalidade que inadmite, inclusive, analogia in malam partem**. Assim, ou a teoria da cegueira deliberada é desnecessária, por ser sinônimo de dolo eventual, ou é inadequada, por expandir os limites do dolo eventual ao flexibilizar o elemento cognoscitivo do dolo e permitir a ampliação de responsabilidade, penal ou administrativa, como o presente, à míngua de parâmetros legais.**

Em última análise, o que realmente importa é a demonstração clara da presença do elemento subjetivo (dolo, ou culpa no caso do artigo 10 da LIA) do agente em praticar ato de improbidade administrativa no caso concreto, sendo inadmissível a utilização da teoria como *tertium genus* apto a punir agente por conduta desprovida de dolo ou ainda em casos em que o conjunto probatório não foi capaz de evidenciar o dolo do agente no caso concreto, sob pena de afronta violenta ao princípio da legalidade.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Penal nº 470/MG. Autor: Ministério Público Federal. Réu: José Dirceu de Oliveira e Silva. Relator: Min. Joaquim Barbosa, 2012, p. 1272. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11541> Acesso em: 13 set. 2020.

_____. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Apelação nº 3001041-93.2013.8.26.0648. Apelante: Riquena Neto & Cia. Ltda., e outros. Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Des. Rebouças de Carvalho, 2015. Disponível em: https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/184863868/apelacao-apl-30010419320138260648-sp-3001041-9320138260648/inteiro-teor-184863881. Acesso em: 13 set. 2020.

_____. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Apelação Cível 1001620-83.2016.8.26.0191; Relator: Rebouças de Carvalho; 2015. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=11986106&cdForo=0>. Acesso em: 13 set. 2020.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Apelação nº 0009252- 56.2010.8.26.0073. Apelantes Joselyr Benedito Silvestre e IBDPH. Apelado: Ministério Público Federal. Relator: Des. Rebouças de Carvalho, 2014. Disponível em: https://tjsp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/120915947/apelacao-apl- 92525620108260073-sp-0009252-5620108260073/inteiro-teor-120915957. Acesso em: 13 set. 2020.

_____. **Tribunal Regional Federal da 3ª Região**. ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO nº 0029378-78.2001.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, 2019. Disponível em: <http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoPje/90491578>. Acesso em: 13 set. 2020.

_____. **Tribunal Regional Federal da 5ª Região**. Apelação Cível nº 00058476320144058100, 593263, DESEMBARGADOR FEDERAL RUBENS DE MENDONÇA CANUTO, 2018, p. 61. Disponível em: https://www4.trf5.jus.br/data/2018/08/ESPARTA/00058476320144058100_2018 0820_7211700.pdf. Acesso em: 14 set. 2020.

_____. **Tribunal Regional Federal da 5ª Região**. Apelação Criminal nº 2005.81.00.014586-0. Apelante: Marcos de França e outros. Apelado: Ministério Público Federal. Relator: Des. Rogério Fialho Moreira, 2008. Disponível em: https://www4.trf5.jus.br/data/2008/10/200581000145860_20081022.pdf. Acesso em: 13 set. 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 31. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. **A punição da culpa a título de dolo**: o problema da chamada "cegueira deliberada"**.** 286f. Tese (dou-

torado). Programa de Pós-Graduação em Direito. Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2017.

MARQUES, Mauro Campbell. **Improbidade administrativa:** temas atuais e controvertidos. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

SYDOW, Spencer Toth. **A teoria da cegueira deliberada.** 4 Reimp. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

VALLÈS, Ramon Ragués i. **Mejor no saber: sobre la doctrina de la ignorância deliberada em derecho penal.** In: Tendencias actuales em la teoría del delito. Universitat Pompeu Fabra: Barcelona, 2013.

CRÍTICAS AO PROCESSO OBJETIVO CONTEMPORÂNEO À LUZ DAS ARGUIÇÕES DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 54 E Nº 519

Ayrton de Sena Gentil Neto[1]
Pedro Henrique Alencar Rebêlo Cruz Lima[2]

INTRODUÇÃO

As Cortes Constitucionais têm como uma de suas principais funções o controle abstrato de constitucionalidade, que consiste em um processo no qual a Corte é acionada para verificar a compatibilidade de um ato normativo com a Constituição, declarando-o constitucional ou inconstitucional. O processo pelo qual a Corte Constitucional exerce o controle abstrato de constitucionalidade possui particularidades que o distingue do processo tradicional (ou subjetivo), e é denominado, por essa razão, de *processo objetivo*.

Diferentemente do que ocorre no processo subjetivo, no processo objetivo não há "partes", mas apenas legitimados a atuar no processo, tendo

1 Mestrando em Função Social do Direito pela FADISP. Advogado. Professor de Direito Processual Civil.

2 Mestrando em Função Social do Direito pela FADISP. Advogado. Professor de Direito Civil e Direito Processual Civil.

em vista que a sua finalidade é a defesa da Constituição, e não a tutela de interesses individuais subjetivos. Dessa característica se desdobram algumas outras, como a inexistência de contraditório ou impossibilidade de arguição de suspeição ou impedimento do magistrado.

A construção dessas e outras características do processo objetivo no Brasil são solidificadas ao longo dos anos pela sedimentação de julgados do Supremo Tribunal Federal (STF), que na grande maioria das vezes busca manter a distância entre os contornos do processo objetivo e os do processo subjetivo. Entretanto, em alguns casos o STF adota posicionamentos que divergem diametralmente do comum, trazendo para o processo objetivo elementos que são inerentes ao processo subjetivo. Foi o que aconteceu no julgamento das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54 e nº 519, julgadas, respectivamente, em 2014 e 2018.

Dessa forma, o presente trabalho tem como objetivo analisar de que maneira as decisões tomadas pelo STF nas ADPF nº 54 e nº 519 impactam na estrutura do processo objetivo adotado para o controle abstrato de constitucionalidade, verificando se o desfazimento dos contornos sólidos do processo objetivo com a introdução de elementos do processo subjetivo permite subsistência dessa dicotomia no sistema, nos moldes até então conhecidos.

Para isso, será realizado, num primeiro momento, um breve relato acerca da evolução histórica do processo objetivo no Brasil a partir da Emenda Constitucional nº 16 de 1965, que introduziu no ordenamento jurídico a figura da "Representação contra inconstitucionalidade", primeiro retrato do processo objetivo no país. Em seguida, serão destacadas duas características do processo objetivo que são importantes para a presente investigação: primeiro, a ausência de partes; em seguida, a impossibilidade de análise de provas e fatos no processo objetivo.

Por fim, será verificado, a partir da análise das ADPF nº 54 e nº 519, de que maneira o STF esvaziou as características do processo objetivo mencionados no parágrafo anterior, verificando se ainda há que se falar na dicotomia processo objetivo/subjetivo no nosso ordenamento jurídico.

A metodologia aplicada pautou-se em ampla pesquisa bibliográfica, tendo como base livros e, principalmente, julgados do STF que são pertinentes ao objetivo da pesquisa, para então, por meio do método indutivo, buscar responder o problema proposto.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

Para que seja compreendido com exatidão o atual cenário do processo objetivo no Brasil, é fundamental analisar o histórico do desenvolvimento de suas principais características, que o diferem do processo subjetivo. Por isso, neste tópico, serão analisados os pontos históricos relevantes para a presente pesquisa.

O processo objetivo surge no Brasil em 1965, com o mecanismo denominado "Representação de inconstitucionalidade", introduzido em nosso ordenamento pela Emenda Constitucional nº 16. O único legitimado a propor essa representação era o Procurador-Geral da República, de ofício ou mediante representação de alguma autoridade ou de terceiro.

O Procurador-Geral da República, enquanto titular da ação, poderia encaminhar ao STF postulação de terceiros, concordando ou não com a alegação de inconstitucionalidade de determinada lei. Essa possibilidade de ser encaminhada uma Representação de inconstitucionalidade de lei com parecer do Procurador-Geral da República defendendo a constitucionalidade do ato impugnado leva a conclusão pela natureza dúplice ou ambivalente do instituto, pois nele poderia haver a declaração de inconstitucionalidade, mas também a declaração de constitucionalidade (MENDES; BRANCO, 2015, p. 1.092). A limitação dos legitimados a propor a representação de inconstitucionalidade e o pouco debate na doutrina acerca do instituto fez com que não houvesse grandes avanços no processo objetivo por mais de duas décadas. Somente com a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve substancial incremento no processo objetivo.

A erupção do processo democrático fez com que na Constituição Cidadã houvesse um aumento considerável no rol de legitimados a propor a, agora, Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) (art. 102, I, a, c/c 103 da CF/88). Além do Procurador-Geral da República, foram incluídos mais 8 legitimados no rol, vindos de diferentes esferas de poder e da sociedade. Na sequência, em 1993, introduziu-se a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) por meio da Emenda Constitucional nº 3; em 1999 a Lei nº 9.882/1999 regulamentou a Arguição de Descumpri-

mento de Preceito Fundamental (ADPF), que já estava prevista na Constituição de 1988 no art. 102, § 1º.

Com vários legitimados a propor as ações diretas e com a Constituição de 1988 ganhando cada vez mais força por sua robustez material, ramificando-se para todos os ramos do Direito, o processo objetivo foi inserido num cenário perfeito para sua evolução dogmática. Essa sequência de acontecimentos deu ensejo à ocorrência do fenômeno chamado de densificação do processo objetivo, tanto em termos qualitativos como no aspecto quantitativo. O STF agora se fazia presente em discussões de grande repercussão social. A partir daí, o processo constitucional tomou novos contornos e, consequentemente, surgiram as características que hoje adotamos (DIMOULIS; LUNARDI, 2019, p. 240-241).

A evolução da jurisprudência do STF foi determinante no delineamento das características do processo objetivo. Tem-se a exemplo o julgamento da Questão de Ordem na ADI nº 97, em 1990, no qual o STF afirmou que no processo objetivo não há que se falar em partes que defendam interesse jurídico próprio (BRASIL, 1990a). Sempre observando que a natureza do processo que fiscaliza a constitucionalidade das leis e atos normativos é objetiva e que, portanto, necessita de um conjunto de regras e princípios processuais próprios (MORAIS, 2013, p. 2.204), o STF passou a comumente decidir sobre a diferenciação do processo objetivo do processo subjetivo, justamente para não aplicar certos institutos do segundo ao primeiro.

Assentado nesse entendimento, são diversas as decisões nas quais o STF afastou a aplicação das regras do processo subjetivo dentro do controle abstrato de constitucionalidade, a exemplo do Segundo Agravo Regimental (AgRg-segundo) na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 205, no qual a Corte, estribada no entendimento da distinção entre os postulados dos processos subjetivos e objetivos, afastou a necessidade de intimação pessoal dos entes públicos e declarou a intempestividade de recurso interposto pela Fazenda, muito embora seja regra já consolidada no âmbito do processo civil (BRASIL, 2017). Em outra oportunidade, o STF (2001), ao analisar se há aplicação do prazo recursal em dobro da Fazenda Pública em processos objetivos, entendeu

pelo afastamento da regra, novamente se acostando nas características peculiares do controle concentrado de constitucionalidade.

Ao que se extrai dos julgamentos, a Corte consolidou sua jurisprudência com certo conservadorismo em relação às regras aplicáveis ao processo objetivo. Contudo, ao analisar suas decisões mais recentes, é possível notar que há uma flexibilização de algumas regras e, até mesmo, importação de institutos antes só aplicados ao processo subjetivo, tais como a análise de fatos, na ADPF 54, e a realização de autocomposição e imposição de pena pecuniária, no âmbito da ADPF 519. Com isso em mente, torna-se necessário tecer algumas críticas à atual condução da Corte Suprema em processos de caráter objetivo.

2. PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DO CONTROLE OBJETIVO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

Nesse tópico, pretende-se analisar as características inerentes ao processo objetivo. Para isso, serão analisados alguns dispositivos expressos na Constituição Federal de 1988, junto a alguns julgados do STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Embora o processo objetivo apresente diversas características que o distancia do processo subjetivo, dar-se-á maior destaque àquelas que são pertinentes aos objetivos deste trabalho.

Assim, serão analisadas a ausência de partes no processo objetivo e as características que dela derivam. Logo após, comentar-se-á acerca da ausência da análise de provas e fatos em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

2.1. A AUSÊNCIA DE PARTES NO PROCESSO OBJETIVO

Uma das características mais enfáticas do processo objetivo é justamente a ausência de partes. Afinal, é desse traço que derivam outras, tal como a ausência de suspeição e impedimento dos julgadores, pois, se não há interessados particulares, não há que se falar em comprometimento da imparcialidade do julgador (DIMOULIS; LUNARDI, 2019, p. 243).

Outra característica derivada da ausência de partes é a impossibilidade de desistência, pois, se não se fala em "autor", mas sim em "legiti-

mado", evidente concluir que o legitimado não dispõe da ação abstrata, razão pela qual não poderia desistir de algo que não o pertence. Por fim, outra característica derivada da ausência de partes é a limitação do contraditório e ampla defesa no processo objetivo (DIMOULIS; LUNARDI, 2019, p. 243).

Percebe-se que as ações de controle concentrado centram o protagonismo no julgador. Contudo, a Constituição de 1988 elegeu alguns atores para adotar uma posição obrigatória dentro do processo objetivo. Ao observarmos o texto constitucional, especificamente do art. 103, §3º, observamos a seguinte redação: "*quando o STF apreciar a insconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato impugnado*".

Muito embora pareça disposição literal da Constituição da República a obrigatoriedade do Advogado-Geral da União sempre adotar posição parcial em processos objetivos, de modo a defender a lei ou ato normativo impugnado, seja estadual ou federal, o STF, na ADI nº 97, debateu sobre a interpretação desse artigo. De um lado, adotava-se o entendimento pela interpretação sistemática do art. 103, §3º, junto ao art. 131, *caput*, da CF/88, que atribui ao Advogado-Geral da União o papel de representar a União judicialmente e prestar consultoria e assessoramento ao referido ente; do outro lado, a corrente que defendia que o Advogado-Geral da União deveria funcionar como uma espécie de curador do ato normativo atacado, independentemente de sua opinião (ou dos interesses da própria União) a cerca da constitucionalidade do ato.

Entender pela literalidade do art. 103, §3º, da Constituição de 1988, implicaria, na prática, em situações curiosas, a exemplo de ADI proposta pelo Presidente da República ou de o Advogado-Geral da União ter que defender um ato afirmativo estadual que foi impugnado por invadir competência do legislador federal, ambos casos nos quais o AGU teria que contrariar posição elaborada por ele mesmo, sendo, portanto, mais lógico confiar a defesa dos atos à Procuradoria do respectivo Estado ou Distrito Federal. (DIMOULIS; LUNARDI, 2019, p. 243).

Ao revés dos argumentos favoráveis, o STF decidiu pela interpretação literal do disposto no art. 103, §3º, da Constituição Federal, pontuando que este seria norma especial que prevaleceria sobre a norma geral contida no art. 131, *caput*, também na CF/88. Inclusive, na oportunidade do

julgamento da ADI nº 97, o Ministro Moreira Alves – que atuava como Relator – alcunhou o Advogado-Geral da União como "curador especial à presunção de constitucionalidade da norma impugnada", independentemente de sua origem. Ainda, mencionou que somente ao Ministério Público é facultada a possibilidade de posicionar-se livremente, haja vista atuar como *custos legis* (BRASIL, 1990a).

Mesmo após o julgamento da ADI nº 97, o Advogado-Geral da União novamente manifestou-se pela inconstitucionalidade de norma estadual no julgamento da ADI nº 3.645, do Paraná. Na oportunidade, o Ministro Marco Aurélio (BRASIL, 2006) repreendeu a ato e asseverou que a matéria é de competência da União, e que é extravagante a postura contrária, vez que a CF/88 considera incumbência do AGU atuar como o curador, o defensor da lei atacada. Portanto, durante muito tempo, o STF adotou um posicionamento conservador a respeito da atuação do Advogado-Geral da União. Conforme mencionou o Ministro Sepúlveda Pertence na ADI nº 72 (BRASIL, 1990c), ao Advogado da União incumbe ser parcial, garantindo o contraditório do debate do problema constitucional analisado, sendo sua manifestação a favor da norma requisito essencial de validade do processo de ação direta.

Somente no ano de 2010 o STF (BRASIL, 2010) alterou o seu posicionamento, no julgamento da ADI nº 3.916, na qual restou estabelecido que o AGU poderia, caso assim entendesse, pugnar pela inconstitucionalidade do ato normativo contestado, decisão que atribui ao órgão uma maior autonomia, afastando-se do texto constitucional que restringia a sua atuação nesse processo objetivo.

2.2. DA NÃO-ANÁLISE DE PROVAS E FATOS EM CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

Não há espaço para análise probatória no processo objetivo, sejam pré-constituídas ou não. Na verdade, o processo objetivo se traduz na verificação da compatibilidade entre dispositivos infraconstitucionais com a Constituição. Nesse contexto, basta que sejam analisadas as normas controvertidas e a doutrina aplicável. Em termos gerais, não há análise de situações fáticas no processo objetivo.

Segundo entende o STF (BRASIL, 2014), a condição jurídica da ação direta de instrumento básico de defesa objetiva da norma constitucional não pode ser degradada, ao contrário, sua utilização exige que o exame "*in abstracto*" do ato estatal impugnado seja realizado, exclusivamente, à luz da Constituição Federal.

Segundo o professor André Ramos Tavares (2005, p. 395-398), esse entendimento do STF não é consonante às exceções nas quais poderá existir análise de fatos em sede de controle abstrato de constitucionalidade. Em primeiro, menciona o caso da inconstitucionalidade formal de uma norma, oportunidade em que a Corte deverá, necessariamente, observar factualmente se o rito legislativo seguiu conforme o disposto na Constituição. Em segundo, haverá análise de fatos quando houver a necessidade de verificar a proporcionalidade entre uma limitação legal dos direitos fundamentais. Por fim, os casos que exigem a análise factual em decorrência da experiência do próprio legislador.

Dessa análise, pode-se extrair algumas conclusões valiosas. Em termos gerais, o controle abstrato de constitucionalidade está emprestando características do controle concreto (TAVARES, 2012, p. 162-175). Pois, torna-se dificultoso, em assuntos específicos, tomar decisões sobre direitos fundamentais sem o municiamento dos conhecimentos técnicos-científicos que circundam a controvérsia. Como exemplo, pode-se citar todos os casos nos quais o STF necessitou convocar audiências públicas com intuito de municiar os julgadores de conhecimento especializado. Por conseguinte, resta claro que o processo objetivo passa por transformações. Algumas entende-se serem necessárias em determinados casos, outras, contudo, necessitam de maiores digressões por parte do intérprete. Por isso, será objeto de estudo no tópico subsequente.

3. CRÍTICAS AO PROCESSO OBJETIVO ATUAL

Serão analisados aqui os posicionamentos adotados pelo STF nos julgamentos das ADPF nº 54 e nº 519. Nesses casos, será possível verificar a mitigação de características fundamentais do processo objetivo com a

utilização de institutos do processo subjetivo, apontando-se críticas com relação a isso.

3.1. DA POSSIBILIDADE DE ANÁLISE DE FATOS NO JULGAMENTO DA ADPF Nº 54

Em 12 de abril de 2012, o STF (BRASIL, 2013) decidiu pela procedência da ADPF nº 54, a qual versava sobre a declaração de inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo seria conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, todos do Código Penal. Nesse julgamento, a Corte procedeu com a realização de audiências públicas com intuito de receber informações técnicas e sociais acerca do tema. Afinal, trata-se de matéria de alta complexidade. Por isso, ao observar os votos proferidos pelos Ministros, ver-se-á a análise de casos concretos e de fatos com certa frequência.

A título de exemplo, um trecho do voto proferido pelo Relator, Ministro Marco Aurélio (BRASIL, 2013), cita que, através ultrassonografia, a anencefalia pode ser diagnosticada na 12ª semana de gestação e que a rede pública é capaz de fazer, além de que os médicos têm preferência por repetir o exame em uma ou duas semanas para confirmação, tratando-se de um diagnóstico de certeza.

De logo, percebe-se que a análise do Ministro confronta o posicionamento ortodoxo adotado pelo próprio Supremo ao analisar questões de controle concentrado. Como já mencionado linhas acima, na ADI nº 416, consignou o Ministro Celso de Melo que a correta utilização do processo objetivo somente atrai a comparação da norma impugnada ao texto constitucional.

Sucede que, ao observar o trecho voto do Ministro Marco Aurélio, verifica-se um claro distanciamento da análise apenas comparativa entre textos. O Ministro, ao analisar a informação trazida pelo especialista em audiência pública, além de assentar seu convencimento em fato científico, o constrói também analisando a efetividade das políticas públicas desenvolvidas no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), com fidedigna preocupação dos efeitos concretos da decisão na coletividade. Como bem assentado, é uma evidente análise de provas e fatos no âmbito de ações de controle concentrado.

Em outro trecho do voto, o Ministro Relator da ADPF nº 54 afirmou que, no caso de Marcela, suposta portadora de anencefalia que teria sobrevivido por um ano, oito meses e doze dias, o diagnóstico estava equivocado, pois se tratava de meroencefalia, quando o feto possui partes do cérebro que viabilizam a vida extrauterina, e não anencefalia, no sentido técnico (BRASIL, 2013). Nesse ponto, há um empréstimo ainda mais enfático das regras do processo subjetivo. O que se percebe é a construção do convencimento do Ministro com assente em um caso real de suposto equívoco de diagnóstico de uma criança portadora de anencefalia. Em termos específicos, é a análise de um caso concreto em sede de ação de controle concentrado regida pelo processo objetivo. Se uma das características do processo objetivo é justamente a inexistência de casos concretos, é questionável usar de um caso concreto para construir o entendimento acerca da conformidade da norma impugnada com a Constituição.

Como já colocado, nas ações de controle concentrado, em casos pontuais, poder-se-ia realizar análise de fatos, haja vista que alguns direitos fundamentais necessitam de interpretações sociais e/ou científicas (TAVARES, 2005, p. 395-398). Desse modo, tornar-se-ia possível digerir a necessidade da realização de audiências públicas em determinados casos de controle concentrado. Entretanto se deve fazê-lo com cautela.

Afinal, a partir do momento em que casos concretos façam parte de decisões em controle abstrato, poder-se-ia subverter um direito fundamental em detrimento da repercussão prática de uma decisão. E, ainda, o empréstimo de casos reais nos julgamentos de grande repercussão podem, inclusive, incitar cada vez mais o posicionamento político-subjetivo nas decisões tomadas pela Corte Constitucional, este que deve ser evitado a todo custo, sob pena de desnaturar a essência do Tribunal (TAVARES, 2005, p. 255-257).

Por conseguinte, à luz da *ratio decidendi* adotada nos autos da ADPF nº 54, é preciso ter cautela ao trazer para o processo objetivo a análise de provas e fatos, sejam eles científicos ou sociais. Se o encarar como regra e não exceção, as decisões em sede de controle concentrado poderiam se apegar mais aos fatos concretos que aos postulados constitucionais. Isso, notadamente, poderá ocasionar em eventuais subversões dos direitos fundamentais tutelados pela constituição.

Todavia, a corrosão de um dos alicerces do processo objetivo não necessariamente deve constituir em algo negativo. Trazer para o debate constitucional fatos concretos contribui bastante para a aproximação da Corte Suprema com a própria sociedade, o que possibilita adequar suas decisões à realidade social de seu tempo.

3.2. DA POSSIBILIDADE DE AUTOCOMPOSIÇÃO E APLICAÇÃO DE MULTAS NA ADPF Nº 519

Em 25 de maio de 2015, o Presidente da República protocolizou a ADPF nº 519, a qual teve como objeto diversas decisões divergentes tomadas pelo Poder Judiciário que versavam sobre a greve dos caminhoneiros. Em síntese, tratava-se de bloqueio das rodovias federais e estaduais pelo movimento grevista. Na oportunidade, os bloqueios impediam que combustíveis e demais bens de consumo atingissem seu destino.

Em resposta, a União protocolizou diversos pedidos de liminar para o desbloqueio imediato das rodovias no âmbito das seções da Justiça Federal. Ocorre que, em alguns Estados, houve o indeferimento desse pedido, razão pela qual o Presidente optou pelo controle concentrado fazendo uso de decisão do STF que permite o manejo de ADPF contra decisões judiciais não transitadas em julgado. Ainda, argumentou o Presidente da República que o critério da subsidiariedade estaria preenchido em decorrência de inexistência de outro meio eficaz, razão pela qual a ADPF deveria ser conhecida (BRASIL, 2018).

Ademais, o legitimado ainda realizou pedido liminar em sede de controle abstrato, requerendo a suspensão do ato impugnados (decisões judiciais); a desobstrução imediata das rodovias; e a aplicação imediata de multas às entidades responsáveis pela obstrução. Em decisão monocrática, o Ministro Alexandre de Moraes, que foi sorteado como Relator, concedeu liminar autorizando a adoção de medidas necessárias a resguardar a ordem durante a desobstrução das vias nacionais. Ao justificar as medidas determinadas na decisão, o Ministro fundamentou que a análise dos requisitos do *fumus boni iuris* e *periculum in mora* para a concessão de medida liminar em sede de controle abstrato de constitucionalidade admite juízo de conveniência política da suspensão da eficácia, com maior discricionariedade para analisar a conveniência da suspensão cautelar da

lei impugnada (BRASIL, 2018). Em caso de descumprimento da decisão, deferiu a aplicação de multa às pessoas transgressoras. Ainda, em eventual inadimplemento do pagamento das multas, o Ministro autorizou de plano a penhora de bens daqueles multados (BRASIL, 2018).

Logo em seguida, no dia 8 de junho de 2018, após requerimento da Advocacia-Geral da União para ampliar a quantidade de empresas abrangidas pela multa anteriormente aplicada, o Ministro decidiu que seria determinada a penhora de bens dos executados, com prioridade para dinheiro depositado em instituição financeira, caso não houvesse pagamento voluntário, nos termos do §3º, do art. 523, do CPC (BRASIL, 2018). Após, em razão de diversos pedidos para a realização de audiência pelas empresas multadas, o Ministro Relator pautou audiência com as 151 (cento e cinquenta e um) empresas multadas e algumas autoridades, objetivando conferir publicidade e homogeneidade no tratamento das questões levantadas (BRASIL, 2018).

A questão que se põe é a seguinte: sendo o processo objetivo indisponível, não possuindo partes interessadas e, ainda, sendo carente de interesse pessoal e de direito subjetivo tutelado, poderia o Relator, em sede de decisão monocrática, determinar a imposição de multas e penhora de bens? Ademais, o processo objetivo aceitaria a realização de autocomposição entre o legitimado e as empresas multadas?

Em relação ao primeiro questionamento, precisa-se analisar sobre o aspecto da ausência de partes no processo objetivo. Primeiramente, ao impor a aplicação de multa por descumprimento à decisão em sede de ADPF, o STF estaria importando medida típica do processo subjetivo. Conforme citado pelo Ministro Alexandre de Moraes, a análise de medidas liminares em ações de controle concentrado permite maior amplitude na decisão do julgador. Inclusive, o STF já teria permitido expressamente o juízo de conveniência política para analisar a suspensão dos efeitos do ato impugnado no momento de decisão de medida cautelar em sede de controle concentrado (BRASIL, 2005).

Inclusive, o próprio Supremo já havia reconhecido a análise subjetiva em decisões liminares concedidas em controle concentrado, oportunidade em que o julgador deveria analisar a conveniência da concessão da medida (BRASIL, 1991). Ocorre que, por mais que se esteja versando sobre a adoção de medidas urgentes para conservar a constitucionalidade

da ordem social, econômica ou política (BRASIL, 1990b), deve-se adotar um limite para este poder criativo construído pela jurisprudência do STF.

No caso da ADPF nº 519, pode-se observar que a medida cautelar concedida adota não só diversos institutos caros ao processo civil, tais como aplicação de multas e penhora de bens, mas também adentra profundamente nos fatos e provas trazidos pela legitimada. Nesse contexto, ao que se nota, é que a construção jurisprudencial das medidas cautelares em controle concentrado inaugurara características totalmente distintas do próprio processo objetivo.

Se, no processo objetivo, em regra, não se analisam fatos, pode-se questionar como quantificar a quantia da multa aplicada aos grevistas e, ainda, se o processo objetivo não tutela direitos subjetivos e não tem partes interessadas, por qual razão a Advocacia-Geral da União tomou para si a responsabilidade de execução provisória das multas aplicadas, podendo, inclusive, realizar a penhora de bens.

Importa consignar que o STF possuiu durante muito tempo entendimento consolidado no sentido de que o Advogado-Geral da União é obrigado a defender a presunção de constitucionalidade dos atos impugnados via ação de controle concentrado, por mais que a ação tenha sido ajuizada pelo próprio Presidente da República (BRASIL, 1990). Esse entendimento representa que, até então, a posição da Suprema Corte seria estrita quando à ausência de partes interessadas e direitos subjetivos individuais. Contudo, na observação da Medida Cautelar na ADPF nº 519, evidencia-se que o Presidente da República atua verdadeiramente como parte interessada, e não como mero legitimado.

Essa conclusão leva ao segundo questionamento, pois, ao cogitar a realização de audiência entre algumas autoridades e as empresas multadas, o STF estaria mitigando uma das características principais do processo objetivo, qual seja, a inexistência de direitos disponíveis em sede de controle abstrato de constitucionalidade. Em termos específicos, sobre quais direitos haveria composição? E mais, quem seriam os negociantes?

Acredita-se que, em sede de processo objetivo, é inadmissível a existência de autocomposição. Para que se entenda com maior amplitude, é preciso conceituar o que seria esse instituto. Segundo Fredie Didier Jr. (2010, p. 93), a autocomposição é um meio de solução de conflitos em

que há consentimento de uma das partes em sacrificar o interesse próprio, parcial ou totalmente, em favor do interesse alheio.

Em termos breves, o que se discute em ações de controle concentrado são questões constitucionais, superando qualquer interesse próprio. Nesse aspecto, se o STF permite a realização de audiência, seria uma afirmação categórica de que o processo objetivo agora possui enfáticas características subjetivas. Até então, podia-se argumentar pela defesa das audiências públicas, afinal alguns direitos fundamentais necessitam de análises profundas e técnicas. Contudo, buscar justificativas para realização de autocomposição dentro de uma ação de controle concentrado parece tarefa difícil. Desse modo, verifica-se que é possível importar institutos do processo subjetivo para o objetivo, a fim de aproximar a Corte Constitucional da sociedade, para levar em consideração a realidade social na qual está inserida quando da decisão acerca da constitucionalidade de um ato normativo, o que pode ser positivo.

Entretanto, é preciso ter cuidado para que essa miscigenação não prejudique a própria finalidade do processo objetivo, que é a tutela da Constituição, e passe a ser utilizado para a tutela de interesses subjetivos, finalidade que, até o momento, não se vislumbra como correta.

CONCLUSÃO

O processo objetivo ainda está em pleno desenvolvimento no Brasil. Na primeira seção, observou-se que seu surgimento ocorreu em 1965, com a Emenda Constitucional nº 16, mas que seu desenvolvimento dogmático começou a acelerar de fato apenas com a Constituição de 1988, principalmente com o aumento de legitimados a iniciar o processo objetivo.

Na segunda seção, discorreu-se sobre posicionamentos do STF acerca de duas características inerentes ao processo objetivo, quais sejam, a ausência de partes e a impossibilidade de análise de fatos concretos e provas, elementos que distinguem o processo objetivo do processo subjetivo.

Por fim, em seguida, verificou-se a partir dos julgamentos das ADPF nº 54 e nº 519 que o próprio STF mitigou características do processo subjetivo, aplicando nesses casos técnicas inerentes ao processo subjetivo, como análise de fatos e provas, aplicação de multas para execução de decisão, bem como realização de autocomposição.

Pelo exposto, pode-se concluir que o processo objetivo, até o presente momento, subsiste e encontra-se em evolução. Contudo, esse avanço deve ser construído com cautela. Afinal, conforme analisado nas recentes decisões do STF, há desnaturação de algumas características tidas como essenciais no processo objetivo. Cite-se a realização de autocomposição e a determinação imediata de penhora dos bens de algumas empresas, nos autos da ADPF nº 519, em afronta à indisponibilidade de direitos inerente às ações de controle concentrado de constitucionalidade.

A verdade é que a dicotomia entre processo objetivo e processo subjetivo no âmbito do controle de constitucionalidade vem gradativamente perdendo o seu sentido, na medida em que o processo objetivo, diga-se, as ações concentradas de controle de constitucionalidade, estão desnaturando-se ao incorporar elementos do processo subjetivo. Não haveria outro caminho, uma vez que o Direito não deve existir isolado em uma *matrix*, mas deve observar a realidade histórica e social no qual está inserido, de maneira que disso não devem escapar as ações voltadas ao controle de constitucionalidade, dada a sua importância para manutenção da higidez da Constituição no ordenamento jurídico, atentando-se sempre para não perder esse foco.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI QO nº 97**, Relator Min. Moreira Alves. Tribunal Pleno, julgado em 22/11/1989. DJ 30/03/1990a.

_____. Supremo Tribunal Federal. **MC na ADI nº 173**, Relator Min. Moreira Alves. Tribunal Pleno, julgado em 09/03/1990. DJ 27/04/1990b.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI QO nº 72**, Relator Min. Sepúlveda Pertence Gracie. Tribunal Pleno, julgado em 22/03/1990. DJ 25/05/1990c.

_____. Supremo Tribunal Federal. **MC na ADI nº 508**, Relator Min. Octávio Gallotti. Tribunal Pleno, julgado em 14/06/1991. DJ 23/08/1991.

_____. Supremo Tribunal Federal. **AgRg na ADI nº 1.797**, Relator Min. Ilmar Galvão. Tribunal Pleno, julgado em 22/11/2000. DJ 23/02/2001.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 3401**, Relator Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno, julgado em 30/02/2005. DJ 03/06/2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 3645**, Relatora Min. Ellen Gracie. Tribunal Pleno, julgado em 31/05/2006. DJ 01/09/2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 3.916**, Relator Min. Eros Grau. Tribunal Pleno, julgado em 03/02/2010. DJ 14/05/2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 54**, Relator Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2012. DJ 30/04/2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **AgRg na ADI nº 416**, Relator Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno, julgado em 16/10/2014. DJ 03/11/2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **AgRg-segundo na ADPF nº 205**, Relator Min. Dias Toffoli. Tribunal Pleno, julgado em 19/06/2017. DJ 01/08/2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **MC na ADPF nº 519**, Relator Min. Alexandre de Moraes. Decisão Monocrática. DJ 28/05/2018.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento – v. 1**. 12. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2010, p. 93.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**. 6ª Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2013.

TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Paradigmas do judicialismo constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS: UMA ANÁLISE DOS DESAFIOS NORMATIVOS DA AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

Giovanna Alves Braga[3]
Luziane De Figueiredo Simão Leal[4]

INTRODUÇÃO

Na última década, os avanços do mundo digital revolucionaram a vida do cidadão. O progresso tecnológico não trouxe apenas resultados positivos, mas também os negativos, cuja tarefa os cidadãos precisam equilibrar para não prejudicar a convivência em sociedade. O contexto no qual se situa este artigo é determinante para a formação da sociedade digital, com seus hábitos, atitudes e valores. Nessa perspectiva, aponta-se a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), que surgiu com o intuito de normatizar o tratamento e a responsabilidade dos dados pessoais na internet. A partir de uma metodologia analítica, será investigada essa proteção de dados pessoais, que estão sob tutela de outra pessoa natural ou pessoa jurídica de direito público ou privado para uma finalidade determinada.

3 Graduanda em Direito pela Universidade do Estado do Amazonas - UEA.

4 Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – Unifor.

No contexto mundial, as autoridades nacionais, elemento intrínseco às leis de proteção de dados pessoais, ganham destaque, pois são o principal órgão responsável pela regulamentação, fiscalização e educação da população quanto às políticas de privacidade. Considerando a relevância do tema para o cenário brasileiro atual, o presente artigo pretende analisar quais as principais providências normativas a serem tomadas pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) quanto às lacunas legislativas deixadas pela LGPD, e os desafios da adoção de tais medidas.

Para isso, tratou-se de analisar, na primeira seção, a Lei em si, para que se possa entender melhor seus conceitos, princípios e a forma como estampa o consentimento como requisito para o tratamento de dados pessoais. Ato contínuo, na segunda, identificar-se-á quais as principais medidas que deverão ser observadas pelo mercado e pelo Setor Público, para que possam cumprir com as novidades legislativas. E, por fim, na terceira seção, serão analisados os principais desafios normativos da ANPD, comparados ao General Data Protection Regulation (GDPR) e às incoerências previstas na LGPD.

No mais, a metodologia utilizada é predominantemente bibliográfica, contando com leis nacionais e internacionais, devido à importância do contexto mundial na formação e amadurecimento da tutela dos direitos pessoais do ser humano, além de doutrinas e artigos científicos acerca do tema em questão.

1. A LGPD E A PROTEÇÃO DE DADOS

Nesse contexto de Sociedade da Informação (CASTELLS, 2013), um dos bens mais preciosos das empresas é o banco de dados pessoais sob sua responsabilidade. Cabe a elas protegê-lo em respeito ao princípio da Segurança da Informação, que objetiva coordenar os mecanismos de ações nas empresas e organizações, de acordo com suas normas.

Os dados pessoais são o novo petróleo do século XXI. A partir deles, empresas, partidos políticos e poder público têm em mãos, além de documentos, cartões bancários, preferências, perfis psicológicos e várias informações utilizadas para todo tipo de operação lícita e ilícita, de fraudes bancárias a manipulação de eleições via redes sociais, como explica Leal (2020). Destarte, o repasse de dados pessoais constitui ato

ilícito. Considerando que a Constituição resguarda o direito à vida privada, tem-se percebido quão estratégicas são essas informações para uma infinidade de negócios.

O sistema de informação trouxe como principal esteio o Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR, em inglês). Esse regulamento trouxe mais atenção à proteção de dados por parte do usuário. E mais, garantiu que o sigilo dos dados pudesse atuar a fim de estabelecer uma boa economia digital. Trata-se de um marco para a proteção de dados pessoais, sendo utilizado como parâmetro para a adequação das leis de diversos países, inclusive o Brasil.

O GDPR tem como base o princípio do consentimento. O usuário deve consentir, através de declaração escrita, formulário eletrônico ou declaração oral registrada pelo próprio titular, que seus dados sejam manipulados pela empresa. Ademais, a empresa deve ter em sua equipe um responsável pelo tratamento desses dados, que deverá se adequar ao regulamento e responder a eventuais incidentes às autoridades de controle (UNIÃO EUROPEIA, 2016).

A Autoridade de Controle ou *Data Protection Officer* (DPO) é uma autoridade pública independente criada por um estado-membro da União Europeia (EU) com o objetivo de controlar e verificar o cumprimento do GDPR. Nessa perspectiva, a intenção do regulamento não é restringir a exploração de dados de forma bruta, mas dar total atenção ao titular de dados e ao seu consentimento.

Para Banakar *et al.* (2019), assegurar tais práticas de proteção à informação tem impacto direto nas atividades comerciais europeias junto aos Sistemas Gerenciadores de Banco de Dados (SBGDs). O propósito para o qual os dados estão ali deve ser persistente e respeitado, a empresa não pode usar os dados coletados para ir além da finalidade anunciada no momento em que o envolvido deu o consentimento.

Tendo o GDPR como seu espelho, a Lei Geral de Proteção de Dados ou LGPD (nº 13.709) foi aprovada no Brasil, em 14 de agosto de 2018, visando à tutela dos direitos fundamentais de liberdade, de privacidade e da personalidade da pessoa natural a partir da normatização do tratamento de dados pessoais por pessoa física, jurídica, de direito público ou privado. A proteção de dados no país, até então, não possuía uniformização, sendo tratada por mais de 30 leis esparsas, como a Lei de Acesso à Informação,

o Código de Defesa do Consumidor, o Marco Civil da Internet e a Lei Geral de Telecomunicações.

A LGPD é construída sob a premissa do respeito à privacidade e à expressão de liberdade. O cidadão é dominante sobre suas informações pessoais, tornando-se o personagem principal de qualquer tema relacionado ao tratamento de seus dados. Ou seja, a Lei estabelece os meios para que o usuário saiba exatamente como serão tratados seus dados. Dessa forma, ele tem autonomia e capacidade de consentir ou não com o uso que a empresa possa fazer de seus dados pessoais.

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, o art. 5º da LGPD traz conceitos fundamentais para definição da compreensão do texto como um todo. Dado pessoal é qualquer informação que possa levar a identidade de uma pessoa como o nome, o Cadastro de Pessoa Física e o endereço. O dado pessoal sensível é assim considerado por haver a real possibilidade de mau uso de informações, que possa ser de caráter discriminatório ou até prejudicial ao indivíduo. Tais dados são, por exemplo, raça, etnia, sexualidade ou opinião política.

Outro conceito essencial é o dado anonimizado. Segundo o art. 5º, XI da LGPD, o dado anonimizado é aquele que perde a associação direta ou indireta a um indivíduo. O dado, em outras palavras, passa por meios técnicos que o desvinculam de seu titular, a fim de que ele não seja identificado. E ainda, dada empresa deverá ter em seu quadro pessoal de funcionários um operador e um controlador, que são figuras responsáveis pelo tratamento dos dados pessoais dos clientes; são chamados de agentes de tratamento. O controlador decide a forma como os dados serão tratados e utilizados, além de definir a sua finalidade. Também é o principal responsável no caso de qualquer incidente que ocorra com tais dados.

A LGPD preza pela boa-fé dos atingidos pelo incidente, propiciando, por exemplo, a viabilidade de o titular pedir a exclusão de seus dados pessoais e também um relatório do ocorrido. Até que surjam comprovações ao contrário, o titular deve presumir que os agentes de tratamento realmente estavam utilizando seus dados para um fim específico. Caso apareçam indicativos, caberá à Autoridade Nacional de Proteção de Dados tomar as devidas diligências. Para que tal ato aconteça, é necessário que o titular de forma clara e explícita, tenha dado seu consentimento ao ope-

rador ou controlador. A premissa do consentimento é um dos conceitos mais importantes da Lei.

Assim como o Regulamento Europeu, a LGPD conserva o princípio do consentimento. O usuário tem o direito de obter a relação dos seus dados armazenados, bem como pode solicitar correções em dados incompletos ou desatualizados, bloqueio ou eliminação de informações, além de portabilidade com a devida aprovação e revogação do consentimento (DONEDA, 2020). No entanto, existem informações de alta relevância e necessárias para o cumprimento das obrigações essenciais dos controladores. Devido a isso, o consentimento nesses casos – como, por exemplo, o exercício de direitos em ações judiciais e execução de contratos, a execução de políticas públicas e a realização de procedimentos de saúde – não é necessário.

É uma violação da LGPD pedir o consentimento de forma não clara, pois o titular deve saber exatamente qual será o tratamento dispensado aos seus dados pessoais. Além disso, ele tem o direito de revogar a qualquer momento o consentimento, sem nem mesmo justificar tal ato. Em outras palavras, se um estabelecimento comercial obteve dados pessoais para emitir a nota fiscal, não deve utilizá-los para outras finalidades, como o envio de *e-mail marketing*. Portanto, caso o estabelecimento queira fazer tal uso, ele precisará de um *opt-in,* expressão da vontade do usuário na internet. (ARRUDA, 2020).

Há também de ser destacado que a Lei trata os dados pessoais que estão exclusivamente sob tutela dos órgãos de saúde pública como preferenciais da anonimização ou pseudonimização. Entende-se que o dado pessoal do titular se torna desvinculado dele, visando à impossibilidade de se chegar à sua identificação. Tais dados são considerados sensíveis pela LGPD e representam um desafio nesse contexto: uma vez que existe a figura do controlador ou do operador de dados, eles serão responsáveis pela guarda e sigilo da informação dos pacientes e ainda pela implementação de medidas que garantem essa privacidade (ARRUDA, 2020).

Os artigos 15 e 16 da LGPD (BRASIL, 2018) trazem como uma de suas particularidades a eliminação dos dados pessoais ao final de seu tratamento, quando o objetivo for atingido ou até mesmo devido à alguma falha, quando a Autoridade Nacional de Proteção determinar. A Lei também especifica que, a qualquer momento, o titular pode solicitar

relatórios e informações sobre seus dados. Se o controlador não for capaz de providenciar tais solicitações, ele deverá comunicar os motivos. Em caso de empresa que não detenha as informações, ela deverá indicar o real agente de tratamento de dados.

Além do fornecimento do relatório, na prática, o que deverá ser implementado pelos profissionais como o controlador e o operador é a adequação à conformidade. Isso significa que deverão ser implantadas medidas de segurança da informação, capazes de assegurar o devido cumprimento da Lei (DONEDA, 2020).

Nesse esteio, a violação da LGPD poderá acarretar responsabilização civil dos profissionais, bem como sanções administrativas às organizações. A ANPD aplicará tais sanções na forma de advertência, em que se indicará o prazo para as devidas correções. As punições poderão ir desde uma multa simples de até 2% do faturamento, limitada a R$ 50 milhões por infração; uma multa diária dentro do valor de R$ 50 milhões; bloqueio ou exclusão dos dados pessoais envolvidos na infração e, até mesmo, a suspensão parcial dos bancos de dados envolvidos por até 6 meses, segundo o art. 52 da supramencionada Lei.

Para que não sofram tais responsabilizações, o Setor Público e o Setor Privado devem tomar providências e buscar soluções para se adequarem à Lei. A seção 2 está voltada para a discussão da LGPD mediante os supramencionados setores, buscando relevar a importância de ambos para o cumprimento da Lei junto ao cidadão.

2. AS PROVIDÊNCIAS A SEREM ADOTADAS PELO SETOR PÚBLICO E PRIVADO PARA O CUMPRIMENTO DA LEI

A implementação da LGPD nos setores público e privado está repleta de desafios, sobretudo no setor público, segundo Amaral (2020). Vale ressaltar que o Estado, mais que as corporações, possui a tutela de dados pessoais numericamente infinitos, visto que todos temos certo grau de relacionamento com o Poder Público. Para preservar a privacidade dos indivíduos, o cuidado do Poder Público deverá ser redobrado. O tratamento de dados não poderá se dar fora do âmbito de realização de políticas públicas. Se o for, o consentimento do cidadão é indispensável. Igualmente,

caberá ao Poder Público, em respeito ao princípio da especificação dos propósitos (SCHREIBER, 2014), informar ao titular dos dados o propósito daquela coleta, e tais dados somente poderão ser utilizados para o propósito especificado. Além disso, a atuação do Estado deve ser forte, no sentido de proteger o consumidor. Por meio da ANPD, deve-se controlar mecanismos da iniciativa privada que visem à expansão de mercado com o uso indevido de dados pessoais.

Do mesmo modo, em respeito ao fundamento da autodeterminação informativa, previsto no art. 2º da LGPD, o Poder Público deverá permitir que os dados fornecidos pelos indivíduos sejam acessados por eles mesmos, corrigidos ou complementados. Deverá ainda informar a finalidade da colheita dos dados. Observa-se, com isso, um grande desafio na administração pública, devido ao baixo índice de informatização e à pluralidade das bases de dados mantidas pelo Poder Público (AMARAL, 2020). Outrossim, o art. 23 da LGPD propaga que o tratamento de dados pelo Poder Público deverá ser realizado para o atendimento de sua finalidade pública, persecução do interesse público, com o objetivo de executar as competências legais ou cumprir as atribuições legais do serviço público.

Certas condições devem ser observadas para tal tratamento. A primeira delas determina que se deve garantir plena clareza em relação ao objetivo e à forma como se dá o tratamento de dados. Os portais de transparência já são uma realidade nos entes da administração pública. O que preceitua a LGPD é que sejam amplamente utilizados para o objetivo supramencionado. De fato, a Lei garante ao titular facilidade ao acesso, além de informações claras e precisas sobre o tratamento de seus dados. Mas, para que o controle social seja garantido, a Administração Pública deverá monitorar seus bancos de dados e colher informações de seus órgãos sobre a natureza e o tratamento das informações.

Outra diligência essencial é a que trata da nomeação de um encarregado, que exercerá atribuições previstas na LGPD. Tal figura, segundo Amaral (2020), deve estar ligada a atividades administrativas de controle interno, como, por exemplo, as controladorias. O encarregado deverá ter auxílio de outras áreas da Administração Pública e terá o papel de ser agente de fiscalização. Paralelamente, será responsável pelo contato direto com a ANPD. Trata-se de figura presente também no GDPR como *Data Protection Officer* ou *DPO.* No Poder Judiciário, há avanços: no Tribunal

de Justiça da Paraíba e no de Santa Catarina, já foram nomeados os primeiros DPOs.

Os artigos 25 e 26 tratam da partilha de dados que se dará por intermédio de finalidades específicas de execuções de políticas públicas. Diante do compartilhamento com entidades privadas que realizem atividade típica da administração pública, o caso é outro. Segundo o inciso V, por exemplo, é lícita a transferência de informações para a prevenção de fraudes e irregularidades, cabendo ao Estado prover a segurança dessas.

O art. 27 traz um dever interessante: todo compartilhamento de dados de pessoa jurídica de direito público a pessoa de direito privado deverá ser informado à Autoridade Nacional e dependerá do consentimento do titular, exceto em hipóteses específicas. Entretanto, nota-se que certamente deverá haver um investimento ou criação de sistema próprio para tal medida, de forma que essa comunicação seja feita de maneira célere e eficiente.

Por fim, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) mostra mais uma vez a sua importância ao final da seção de regras aplicadas ao Poder Público: poderá fazer solicitações aos órgãos e às entidades sobre a realização de operações de tratamento de dados pessoais, informações específicas sobre a natureza de tais elementos, além de emitir parecer técnico complementar e ainda poder estabelecer normas complementares sobre comunicação e uso compartilhado de informações. Traçando um paralelo com o Direito Administrativo, é evidente que a ANPD possui o chamado "Poder Normativo ou Regulamentar" que, para Carvalho Filho (2014), é a garantia concedida à Administração Pública para editar atos gerais para complementar as leis e permitir a sua efetiva aplicação.

Não existe implementação "a jato". Não existem fórmulas milagrosas. Nem será possível uma boa efetivação se somente uma das áreas ou setor de uma empresa, ou de um órgão público, conduzir tal processo de forma independente. Assim, para Rodrigues e Vieira (2020), a educação é o verdadeiro pilar para a adequação. Será ela que viabilizará a melhor aplicabilidade dos conceitos e princípios da LGPD. Segundo estudo realizado pela empresa PricewaterhouseCoopers (PwC) em 2016, a educação corporativa tem um caráter estratégico nas organizações e persegue três objetivos principais: construir competências, alinhar comportamentos e desenvolver a cultura organizacional (RODRIGUES; VIEIRA, 2020).

A educação digital de todos os membros da corporação deve ser levada em conta no processo de implementação, inclusive da diretoria da empresa. Esse é o ponto-chave do processo, pois, a partir do momento em que o setor mais alto daquela hierarquia esclarecer a importância dos requisitos legais da LGPD e o valor do direito à privacidade e da proteção de dados, o processo de implementação terá mais chances de transcorrer com a prioridade necessária. Eis a verdadeira mudança da cultura organizacional. Outrossim, o mapeamento de dados ou *data mapping* deve ser etapa primordial no processo de adequação. A empresa deve primeiramente avaliar os dados que está coletando, qual caminho eles percorrem e com quem estão sendo compartilhados. Para isso, deve existir uma equipe de Tecnologia da Informação (T.I).

Para acompanhar e dar rapidez à adequação, faz-se necessária também uma equipe interna da empresa. Os integrantes podem ser da área jurídica, de T.I, de negócios ou mesmo prestadores de serviços. É importante que, desde já, toda a equipe tenha conhecimento das nomenclaturas usadas na Lei, e que isso seja repassado posteriormente aos demais funcionários na etapa de educação corporativa. Posteriormente, a equipe deve traçar as regras de governança, organizar as reuniões, o processo de tomada de decisões e acompanhamento da adequação. O planejamento é de total importância para o sucesso da implementação.

A implementação da LGPD, como nenhuma lei até então no país, carece que advogados e funcionários da área de T.I ou segurança da informação tenham uma relação mais estreita. Ao setor jurídico, cabe analisar a Lei de forma detalhada e orientar a empresa sobre a adequada preparação para sua conformidade; deve inclusive, no início dos treinamentos, reforçar os conceitos e princípios previstos na Lei a todos os colaboradores.

Após o *data mapping*, deve-se dar, obrigatoriamente, atenção ao art. 7º da LGPD, que traz as hipóteses em que o tratamento de dados será permitido e, caso tais dados sejam sensíveis, ao art. 11º da mesma Lei. Além disso, a garantia do exercício dos direitos dos titulares é fundamental. Numa organização, é necessário que os canais de atendimento estejam estruturados para dar ao cliente informações que este solicite, assegurando-lhe o direito de correção.

Por fim, reforça-se a presença do Encarregado pelo Tratamento de Dados Pessoais, tanto no âmbito público quanto no privado. A LGPD

impõe a todos os controladores de dados que indiquem um Encarregado. Igualmente, a ANPD poderá estipular exceções a essa regra, sendo esse um de seus desafios normativos. O item 3 deste texto traz à discussão temas que devem ser regulamentados pela Autoridade, mediante dispositivos previstos na própria Lei, e incoerências legislativas que, de certa forma, a afastam de seu modelo ideal, o GDPR.

3. DESAFIOS DA AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS E INCOERÊNCIAS DA LEGISLAÇÃO

À luz da LGPD, a ANPD foi criada em 2019 pela Lei nº 13.853, conforme art. 55-A (BRASIL, 2019), com a natureza de "órgão da administração pública federal, integrante da Presidência da República". Em até dois anos, deve ser transformada pelo Poder Executivo em entidade da administração pública federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada à Presidência da República. Para Doneda (2020), as autoridades nacionais de proteção de dados são parte fundamental da estrutura administrativa e jurídica estatal. Através delas, há a aproximação entre Estado, mercado e cidadão. De caráter eminentemente técnico, sua fisionomia, para o autor, deve obedecer a determinados requisitos mínimos, sendo a independência o principal.

Atualmente, a estrutura regimental da ANPD é definida pela Presidência e é composta por órgãos como o Conselho Diretor, Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade, Corregedoria, Ouvidoria, órgão de assessoramento jurídico próprio, unidades administrativas e unidades especializadas necessárias à aplicação da LGPD.

O art.55-J da Lei nº 13.853 (BRASIL, 2019) prevê um elenco de atribuições, como, por exemplo, a de fiscalização – caberá à ANPD realizar auditorias, solicitar informações do poder público sobre as atividades relacionadas ao tratamento de dados e fiscalizar; a competência normativa, que consiste na edição de normas, orientações, procedimentos e até mesmo na deliberação administrativa sobre a interpretação da LGPD. Igualmente, a competência de coordenação será a principal para efetivar a aplicação da Lei. O supramencionado artigo arrola competências, como a promoção de ações de cooperação com autoridades de proteção de outros

países; a comunicação com os órgãos de controle interno sobre o descumprimento da Lei por órgãos e entidades da administração pública federal, dentre outras. Também caberá à ANPD aplicar sanções nas hipóteses de descumprimento da Lei, mediante processo administrativo, celebrar compromissos com agentes de tratamento para eliminar regularidades e implementar mecanismos simplificados para o registro de reclamações sobre o tratamento de dados pessoais.

A LGPD foi inspirada na mais completa legislação de proteção de dados do mundo, segundo Albrecht (2016), a General Data Protection Regulation ou GDPR. A aplicabilidade do GDPR comporta tanto pessoas físicas como empresas e, inclusive, países membros da UE e outros que possuem relação com o mercado europeu. Trata-se de um regulamento aplicável a todos os países da UE e considerado como uma norma interna de cada um deles.

Na Europa, a autoridade nacional de proteção de dados é elemento essencial e intrínseco ao GDPR. Segundo o Considerando nº 117 desse regulamento, cada Estado-Membro da UE estabelecerá que uma ou mais autoridades públicas serão responsáveis pela fiscalização da aplicação regulamentar no seu território e que essas autoridades terão total independência em suas funções (União Europeia, 2016). Em 2017, 64% das ANPDs estavam localizadas na Europa, segundo o *International Conference of Data Protection and Privacy Commisssioners* (ICDPPC CENSUS, 2017). Os *Recitals* presentes em países europeus auxiliam na compreensão da lei e também auxiliam as "DPAs" ou *Data Protection Authority,* para que possam editar orientações sobre a aplicação do GDPR.

Um dos desafios da ANPD é, justamente, regulamentar a LGPD. A Autoridade terá o papel educativo, interpretativo e consultivo. Se comparados ao GDPR, muitos conceitos e processos ainda estão vagos na lei brasileira e precisam ser esclarecidos. Por exemplo, em relação à transferência internacional de dados pessoais prevista no art. 33 e seguintes da LGPD, a lei estabelece apenas diretrizes genéricas a serem observadas pela ANPD, a saber, o nível de proteção de dados do país estrangeiro ou organismo internacional para que a transferência seja permitida. Ao controlador, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais, também há autorização para que possa realizar transferência internacional de dados, se cumprir princípios e direitos assegurados ao

titular por meio de cláusulas contratuais específicas, padronizadas, normas corporativas globais ou selos, certificados e códigos de conduta. A definição de conteúdo de tais meios deverá ser realizada pela ANPD.

O GDPR é mais específico em relação a tal forma de tratamento de dados. Em seu art. 44 e seguintes, alega que a transferência internacional de dados poderá ser realizada sem autorização específica, caso a Comissão Europeia identifique o país envolvido e garanta um nível de proteção adequado. Sem esse nível de proteção, a transferência será condicionada a garantias apropriadas que estarão a cargo do Agente. Paralelamente, a Comissão Europeia invita a outros países para que se ajustem conforme o GDPR. Não obstante, a convocação só é feita a países que cumprem certos requisitos mínimos, como uma autoridade com independência e autonomia. Tal ponto é de extrema relevância para inserir o Brasil no cenário de fluxo internacional de dados.

Em âmbito nacional, terá a ANPD outro grande desafio: a uniformização da aplicação da LGPD em relação aos outros sistemas de dados, que já existem nos órgãos públicos do país, para que os direitos do titular sejam tutelados. Em virtude disso, providências tecnológicas deverão ser tomadas especialmente nesse setor, segundo o art. 25 da LGPD, que diz que os dados deverão ser mantidos em formato interoperável e estruturado para uso compartilhado, visando à execução de políticas e serviços públicos, à descentralização da atividade pública e à disseminação e ao acesso das informações pelo público em geral.

Igualmente, a portabilidade trazida pela LGPD carece de urgente regulamentação. Embora seja um instituto conhecido pelos brasileiros através da portabilidade numérica e de contas-salário, a Lei trouxe uma nova dinâmica a ser observada. Segundo o art. 18, V, da LGPD, é direito do titular obter do controlador, a qualquer momento e mediante requisição, a portabilidade de dados a outro fornecedor de serviço ou produto, conforme regulamentação da ANPD, observados os segredos comercial e industrial. Exemplificando, poderá o indivíduo pedir que seus dados sejam transferidos de uma loja a outra.

Trata-se de uma medida que facilitará a movimentação do consumidor no mercado, livrando-o de burocracia e taxas abusivas, embora sua implementação esteja cercada de dúvidas. Caberá à ANPD regulamentar, fiscalizar, educar sobre as medidas de segurança durante o processo

de portabilidade, para que não haja riscos de vazamento de dados entre fornecedores. Como será feita a requisição do titular? E a interoperabilidade dos dados em relação aos segredos comerciais e industriais? Será um serviço gratuito? Prazos e requisitos previstos no inciso V e § 5º do art. 18 e inciso VIII do art. 55-J da LGPD também deverão ser objeto de regulamentação.

Outro ponto que merece destaque é como serão tratadas as situações em que os dados portáveis incluam dados de terceiros (ENGELS, 2016). Por exemplo, poderia o titular pedir portabilidade de uma imagem em que outras pessoas aparecem? O art. 18, inciso V, não traz respostas para tal situação. Outrossim, tais pessoas presentes na imagem também possuem direitos. O GDPR expressa claramente, em seu art. 20 (4), que o direito à portabilidade não poderá afetar de forma adversa os direitos e liberdades de terceiros.

O rol de competências da ANPD previsto no art. 55-J, traz, em seu inciso XVIII, a seguinte redação:

> Editar normas, orientações e procedimentos simplificados e diferenciados, inclusive quanto aos prazos para que microempresas e empresas de pequeno porte, bem como iniciativas empresariais de caráter incremental ou disruptivo que se autodeclarem startups ou empresas de inovação, possam adequar-se a esta Lei (BRASIL, 2018).

Trata-se de um artigo com uma deficiência redacional, pois não faz menção ao autônomo. Profissionais, como advogados e até mesmo o produtor rural, ficam desamparados com essa redação. A ANPD, além de estimular a adoção de padrões para serviços e produtos, segundo o inciso VIII do mesmo item, deverá simplificar procedimentos, normas e orientações para as empresas de pequeno porte e regulamentar como o autônomo deverá realizar o tratamento e a adequação de dados. Além disso, o art. 50 da LGPD incentiva os controladores e operadores, os chamados agentes de tratamento, a formularem regras de boas práticas e governança. Tais atribuições serão dadas ao encarregado. Dentre suas atividades, estão a de receber reclamações e comunicações dos titulares de dados e da ANPD (art. 41, § 2º, I), propagar a cultura de proteção de dados pessoais

na entidade e prestar esclarecimentos e adotar providências com base nas reclamações recebidas.

Em comparação com o GDPR, o legislador brasileiro limitou as competências do encarregado em relação ao DPO europeu. Na norma europeia, o DPO monitora o controlador ou o operador de dados, atuando independente de provocação, diferente do encarregado brasileiro, que precisa ser provocado pelo titular de dados ou pela ANPD.

O § 3º do art. 41 prevê que caberá à ANPD estabelecer normas complementares sobre a definição e as atribuições do encarregado, inclusive as hipóteses de dispensa da necessidade de sua indicação. Nota-se que será um grande desafio para a ANPD em relação à exceção de entidades que não poderão ter um encarregado, porque deverá ser feito um mapeamento completo dos tipos de dados, seu volume de operações de tratamento e do contexto em que se encontra a organização.

Por fim, quanto ao cenário internacional, a LGPD é silente sobre organizações com atuação transnacional que precisam ter um encarregado em outro país. Entretanto, segundo Blum e Maldonado (2019), ao indicar uma pessoa fora do país para que cumpra com as atribuições previstas pela LGPD, exige-se que o profissional possa se comunicar em português com a ANPD e tenha a possibilidade de estar no Brasil rapidamente, quando solicitado. Assim, conclui-se que tais situações podem dificultar a atuação do encarregado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

À guisa de considerações finais, vale relembrar a metáfora do petróleo mencionada neste artigo: os dados pessoais são, hoje, o que esse combustível fóssil tem representado durante o último século: quem os alcança, acessa riqueza de valor inestimável. A LGPD, nessa ilustração, se coloca como barreira de águas profundas, onde informações pessoais poderão repousar seguras, sendo acessadas apenas por quem detiver as credenciais e as ferramentas adequadas. Nesse contexto, a anonimização, ao impessoalizar dados por meio de técnicas específicas, se interpõe entre invasor e objeto de desejo, protegendo este último. O princípio do consentimento, a partir do qual o titular permite ou nega manipulação, alteração ou exclusão de suas informações, é mais uma ferramenta importantíssima ao conferir controle ao titular. Esses conceitos poderão contribuir para a

garantia do direito à vida privada previsto na Carta Magna, desde que a infraestrutura adequada se implemente. Eis o desafio.

Destarte, ficam manifestos os percalços que a Lei 13.709 traz para sua aplicação. A ANPD ocupa a função de superar a maioria deles. A pesquisa demonstrou que a transferência internacional de dados pessoais, a uniformização de aplicação da LGPD, o direito à portabilidade e a regulamentação do encarregado sintetizam os esforços adaptativos que essa autoridade terá de envidar. Cumpre, nesse contexto, aproveitar a experiência de estados mais avançados no tema, como a Argentina e a própria União Europeia.

Logo, é a atuação da ANPD o principal fator para que a devida proteção aos direitos fundamentais seja efetivada. Com uma gradual mudança tecnológica e uma gestão adequada na segurança de informações, a inserção do Brasil, no contexto internacional de proteção de dados, será, passo a passo, garantida.

REFERÊNCIAS

ALBRECHT, Jan Philipp. **How the GDPR Will Change the World**. [S.I.] 2016. Disponível em: https://edpl.lexxion.eu/data/article/10073/pdf/edpl_2016_03-005.pdf. Acesso em: 1 dez. 2020.

AMARAL, Luiz Fernando de Camargo Prudente do. Desafios da LGPD em relação à implementação pelo Poder Público. In: OPICE BLUM, Renato (Org.). **Proteção de Dados:** desafios e soluções na adequação à Lei. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

ARRUDA, Priscila Mendonça de Aguilar. **O Setor da Saúde e a Lei Geral de Proteção de Dados**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/79802/o-setor-de-saude-e-a-lei-geral-de- protecao-de-dados>. Acesso em: 08 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 15 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/ L13709.htm. Acesso em: 15 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.853, de 8 de julho de 2019.** Altera a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, para dispor sobre a proteção de dados pessoais e para criar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lwi/l13853.htm. Acesso em: 20 mar. 2021.

BANAKAR, Vinay *et al.* **Analyzing the Impact of GDPR on Storage Systems.** [S. l.] 2019. Disponível em: https://arxiv.org/pdf/1903.04880.pdf. Acesso em: 9 abr. 2020.

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

CASTELLS, Manuel Oliván. **A Sociedade em Rede**. 21. ed. São Paulo: Paz & Terra, 2013.

DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. **Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

ENGELS, Barbara. Data portability among online platforms. **Internet Policy Review**, [s. l.], v. 5, n. 2, 11 jun. 2016.

ICDPPC CENSUS 2017. **Counting on Commissioners:** High level results of the ICDPPC Census 2017. Disponível em: https://globalprivacyassembly.org/wp-content/uploads/2017/09/ICD PPC-Census-Report-1.pdf. Acesso em: 1 dez. 2020.

LEAL, Luziane de Figueiredo Simão. **Inteligência Artificial nas Campanhas Eleitorais:** a democracia das plataformas no banco dos réus. Belo Horizonte: Dialética, 2020.

OPICE BLUM, Renato; MALDONADO, Viviane Nóbrega. **LGPD:** Lei Geral de Proteção de Dados comentada. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

RODRIGUES, Paula Marques; VIEIRA, Borelli Alessandra. Educação como um dos pilares para a conformidade. *In:* OPICE BLUM, Renato (org). **Proteção de Dados:** desafios e soluções na adequação à Lei. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento nº 2016/679, de 27 de abril de 2016. **GENERAL DATA PROTECTION REGULATION (GDPR)**, UE, 2016. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu / legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R06 79. Acesso em: 1 dez. 2020.

O DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO NA PANDEMIA DE COVID-19: NOTAS REFLEXIVAS SOBRE O PAPEL DO ESTADO BRASILEIRO

Carolina Bessa Ferreira de Oliveira[5]

INTRODUÇÃO

Diante da pandemia do novo Coronavírus (Covid-19) vivenciada no Brasil, a partir de março de 2020, diversas discussões emergiram sobre a garantia do direito constitucional à educação, notadamente voltadas à continuidade das políticas públicas de responsabilidade da União, dos Estados e dos Municípios. Trata-se de um tema central para a sociedade e para o Estado, que denota a relevância da educação e suas funções como bem público. Nesse bojo, normas excepcionais são publicadas pelos órgãos competentes, buscando-se formas de lidar com a pandemia e a garantia de tal direito, caracterizado também como direito público subjetivo.

A suspensão de atividades educacionais presenciais, desde creches até universidades, foi imperativa diante da situação de emergência da saúde pública, declarada internacional e nacionalmente. Dentre as soluções,

5 Professora na Universidade Federal do Sul da Bahia (UFSB). Doutora em Educação pela Universidade de São Paulo (USP). Mestra em Educação pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Especialista em Direitos Humanos pelo CLACSO. Advogada e Pedagoga.

apontou-se o uso digital de Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC) e o ensino remoto por meio da *Internet,* adotados por instituições públicas e privadas de ensino. Com isso, pressupõe-se o acesso à *Internet* e a dispositivos eletrônicos possível e qualificado no espaço doméstico, por profissionais e estudantes, fato que tem gerado efeitos excludentes em todos os níveis de ensino, sobretudo no caso brasileiro marcado por profundas desigualdades sociais e econômicas.

Com base em um debate interdisciplinar entre as áreas do Direito, da Educação e das Políticas Públicas identificam-se questões centrais, tais como: qual o papel do Estado na articulação de uma política nacional de garantia à educação considerando os diferentes públicos e prevendo os efeitos excludentes? Como podem ter acesso a uma educação pública, gratuita e inclusiva, grupos vulneráveis sem acesso qualificado à *Internet*?

Diante disso, pretendendo-se levantar notas reflexivas, o presente texto visa abordar o papel do Estado na garantia do direito à educação na pandemia de Covid-19, em que se demonstra necessária a construção de respostas urgentes sem precedentes recentes. Recorre-se a uma pesquisa bibliográfica e documental focada em preceitos constitucionais federalistas sobre a educação e no preconizado na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (BRASIL, 1996), assim como em normativas correlatas.

Para tanto, a primeira seção temática destina-se a refletir propriamente sobre o papel do Estado e o direito à educação, incluindo-se o regime de colaboração constitucionalmente preconizado. A segunda seção aborda normativas educacionais nacionais excepcionais em tempos de pandemia.

1. O DIREITO UNIVERSAL À EDUCAÇÃO E O PAPEL DO ESTADO

Os marcos legais dedicados ao direito à educação no Brasil estão presentes desde a formação do Estado nacional independente. A partir de um olhar geral sobre o tratamento constitucional reservado ao direito à educação, ao lado das legislações e normativas educacionais, pode-se depreender que há uma marca histórica de avanços graduais e descontinuados, no sentido da conquista de um direito caracterizado como fundamental e universal, e de retrocessos abruptos decorrentes da conjuntura política e social. A partir da Constituição de 1988, caracteriza-se como direito pú-

blico subjetivo – exigível individual e coletivamente de forma judicial ou administrativa –, demarcando o papel prestacional do Estado na garantia desse direito através de políticas públicas.

A tardia universalização da educação escolar pública e gratuita no Brasil somada ao histórico de regimes sociais e políticos colonizadores--escravagistas-autoritários gerou processos de exclusão no atendimento escolar e na abordagem curricular de questões ligadas à diversidade, diferenças e equidade. Diante disso, conquistas e lutas pelo acesso amplo à educação resultaram em modalidades de ensino como a Educação de Jovens e Adultos (EJA), a Educação Especial na perspectiva da Educação Inclusiva e a Educação Escolar Indígena, cujas especificidades estão garantidas em normativas decorrentes da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Assim, ao menos no âmbito prescritivo tem-se vigente o direito universal à educação com atendimento às peculiaridades e aos direitos na educação (RANIERI; ALVES, 2018).

Na história das legislações e Constituições brasileiras houve variações em relação à garantia desse direito, refletindo a atuação de movimentos e lutas em prol da universalização, adaptabilidade, gratuidade e laicidade, e imprimindo caráter contraditório na importância e dimensão de luta que reside nas leis (CURY, 2002). Destarte, as arenas de conflito foram permeadas por debates entre privatistas e publicistas, sobre a laicidade e o ensino confessional, além da universalidade desse direito. A luta pela educação pública universal segue com muitos desafios, dado o enfrentamento dos problemas acumulados ao longo da história de filantropia e fragmentação na política educacional, ao lado de questões emergentes, que são diretamente atravessadas pelo cenário mais amplo de profundas desigualdades. É possível identificar em cada uma das Constituições uma trajetória ascendente, mas não linear, de garantia do direito de todos à educação, o que refletiu incidências da sociedade civil. É o caso do Manifesto dos Pioneiros da Educação de 1932 – momento crucial de manifestação sobre a ideia de um plano nacional de educação (SAVIANI, 1998).

Nesse sentido, se por um lado há críticas relevantes sobre a forma como o Estado realiza o direito universal à educação, por outro, é fato que após a Constituição de 1988 inaugurou-se um cenário alvissareiro, considerando públicos historicamente excluídos e o dever do Estado em garantir políticas adequadas condizentes com as especificidades manifes-

tas. A educação como direito social, elencado no artigo 6º da Constituição, requer uma postura necessariamente prestacional e ativa por parte do Estado, no âmbito do conjunto de direitos e garantias fundamentais, demarcando seu caráter intimamente relacionado ao princípio constitucional fundante no ordenamento jurídico no bojo dos direitos humanos: a dignidade da pessoa humana.

Não obstante, a Constituição de 1988 afirma a universalidade desse direito e o papel do Estado de forma objetiva, isto é, direito de todos e dever do Estado (educação escolar ou ensino) e da família (educação não escolar), conforme os artigos 205 e 208. O acesso ao ensino público é direito público subjetivo, de acordo com o preceito constitucional, o que representa a possibilidade de exigir a oferta de ensino frente ao Estado. Com isso, ao estipular os princípios segundo os quais o ensino será ministrado há menção à igualdade de condições para acesso e permanência, a garantia do padrão de qualidade e a gratuidade do ensino público, que são colocados em xeque no cenário pandêmico, seja porque não há condições de permanência diante das soluções virtuais imediatas, seja porque não há políticas públicas robustas de acesso à *Internet*.

A esse respeito, cabe mencionar de forma exemplificativa alguns dos divulgados pela Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua – Tecnologia da Informação e Comunicação 2018, divulgada em abril de 2020 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), mostra que uma em cada quatro pessoas no Brasil não tem acesso à *Internet*. Ainda, dados divulgados em 2019 apontam que 85% dos usuários de Internet da classe D/E acessa a rede exclusivamente pelo celular, 2% apenas pelo computador e 13% se conectam tanto pelo aparelho móvel quanto pelo computador. Também entre os usuários dessa classe socioeconômica, 29% acessam a Internet apenas via *Wi-Fi*. Assim, o fato de possuir acesso à *Internet* não garante qualidade na conexão, o que impacta a realização de atividades virtuais, tanto por docentes quanto por discentes.

Dessa maneira, no que se refere ao direito à educação na pandemia, cabe refletir sobre como tem sido pensadas as soluções por parte dos órgãos e agentes públicos considerando as vicissitudes do momento crítico na saúde pública, mas também tendo em vista uma atuação politicamente articulada entre os entes federados e nacionalmente referenciada – a despeito dos conflitos partidários – que centralizem o atendimento às necessidades

emergentes dos sujeitos diante do acesso e permanência na educação e considerem as desigualdades sociais e econômicas marcantes na sociedade brasileira. Trata-se da construção do que Coutinho (2013, p. 12) chama de "tecnologia de implementação de políticas públicas", que reconhece a pluralidade de caminhos estratégicos possíveis para que se cumpram os direitos sociais e o fato de que as políticas estão em constante processo de adaptação, num contraponto com a visão de um direito administrativo marcadamente liberal, que se volta à contenção da discricionariedade do governo mais que à coordenação de sua ação (BUCCI, 2002, p. 11).

Nessa esteira, outro aspecto atinente ao papel do Estado diz respeito ao regime de colaboração, que demanda uma boa relação política entre os entes federativos, presumindo também uma articulação nacional das políticas públicas. Presente em diferentes artigos da Constituição, evoca a necessária articulação entre os entes na garantia desse direito. É o caso do artigo 211 ao definir que "a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino". O artigo 214, que aborda a criação por lei do plano nacional de educação decenal (criado pela Lei nº 13.005/2014), explicita também a necessidade do regime de colaboração para articular o Sistema Nacional de Educação (SNE) "por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas" (BRASIL, 1988).

Outros dispositivos foram inseridos com a Emenda Constitucional nº 108, (BRASIL, 2020), que altera a Constituição para tratar do planejamento na ordem social e dispor sobre o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (FUNDEB). A mesma Emenda incluiu o parágrafo único no artigo 193 da Constituição, afirmando o dever do Estado na função "de planejamento das políticas sociais, assegurada, na forma da lei, a participação da sociedade nos processos de formulação, de monitoramento, de controle e de avaliação dessas políticas".

Diante disso, avanços na legislação e na atuação estatal podem ser identificados do ponto de vista da regulamentação do direito à educação após a Constituição de 1988 e considerando-se também as Diretrizes Nacionais emanadas do Conselho Nacional de Educação (CNE), propaladas em Resoluções e Pareceres do Conselho Pleno (CP), da Câmara de Educação Básica (CEB) e da Câmara de Ensino Superior (CES). Analisando-

-se o conjunto de dispositivos constitucionais de forma integrada à Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (BRASIL, 1996) e às normativas do CNE, reafirma-se e especifica-se o papel do Estado, não apenas de forma abstrata, mas de forma concreta, como provedor direto das modalidades de ensino, dos programas suplementares e da oferta de acesso aos diferentes níveis de ensino.

Com isso, é o aparelho estatal - constituído de autoridades, instituições criadas e conformadas pelo Direito, sobre o qual se assenta o quadro institucional em que atua uma política - que instrumentaliza a ação do poder público (BUCCI, 2008). Compreender as políticas públicas dentro dessa categoria de análise se faz necessário a partir do momento em que se buscam através dele as formas de regulação, implementação e efetividade dos direitos sociais, como é o caso da educação.

2. NORMATIVAS E POLÍTICAS EDUCACIONAIS EM TEMPOS DE PANDEMIA

Em fevereiro de 2020, o Ministério da Saúde editou a Portaria nº 188 declarando Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional em razão da infecção humana pelo novo Coronavírus. Igualmente, Estados e Municípios brasileiros publicaram normativas para o enfrentamento da situação, incluindo-se a suspensão das atividades escolares. Ainda, em 20 de março de 2020, o Congresso Nacional aprovou o Decreto Legislativo nº 6, que reconhece para os fins do artigo 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública.

Tais medidas não são exclusivas do país. No mundo, de acordo com a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), que monitora os impactos da pandemia na educação, até abril de 2020 o fechamento de escolas tinha afetado mais de 91% da população estudantil do mundo. Muitos dos países que não suspenderam completamente as aulas, implementaram fechamentos locais.

Nesse cenário, um conjunto de normas excepcionais e temporárias são publicadas, no sentido de garantir o afastamento social e, no caso da educação, foram ocasionadas suspensões das atividades presenciais nas instituições de ensino em todos os níveis e modalidades (RODRIGUES, 2020). Cite-se a Portaria do Ministério da Educação (MEC) nº 343, de

17 de março de 2020, prorrogada pela Portaria nº 473, de 12 de maio de 2020, que possibilitou a substituição das aulas presenciais por aulas em meios digitais para instituição de educação superior integrante do sistema federal de ensino. Ainda, a Medida Provisória nº 934, de abril de 2020, em que o Governo Federal estabeleceu normas excepcionais para o ano letivo da educação básica e do ensino superior decorrentes das medidas para enfrentamento da situação de emergência de saúde pública de que trata a Lei nº 13.979 (BRASIL, 2020).

Entretanto, não se verificou uma articulação ou coordenação nacional da política educacional durante a pandemia. À luz dos preceitos constitucionais, sobretudo aqueles alusivos ao regime de colaboração no federalismo, entende-se que seria necessário esforços conjugados e diretivos por parte do MEC e das normativas emanadas pelo CNE. Lembre-se que o próprio CNE possui pareceres sobre a organicidade na concepção do federalismo, sua coordenação e o regime de colaboração. Dourado (2013, p. 773) aponta que tais normas traduzem "a complexa seara da constituição de um federalismo cooperativo em educação, os dilemas, as disputas de concepções e sua compreensão sobre ações de cooperação e colaboração entre e com os entes federados" em um cenário em que não há uma lei complementar sobre regime de colaboração, como preconizado na Constituição (BRASIL, 1988).

Nessa esteira, é latente compreender o papel articulador e indutor dos órgãos estatais nacionais da política educacional para a garantia do direito constitucional à educação, com todas as variáveis que isso implica em termos de direitos na educação, como transporte, alimentação adequada, materiais didáticos, ações afirmativas, acesso e permanência. As atribuições do CNE - normativas, deliberativas e de assessoramento ao Ministro da Educação - indicam um primordial pepel, haja vista seu dever de manifestar-se sobre questões que abranjam a política educacional em mais de um nível ou modalidade de ensino, como é o caso vivenciado na pandemia. Seu papel, que deve ser exercido em diálogo com os sistemas de ensino, Conselhos e com a sociedade como um todo, é crucial na orientação das políticas educacionais no federalismo brasileiro, por exarar diretrizes e normas destinadas a equalizar desigualdades e considerar diferenças que permeiam a educação no país em todos os níveis.

Revela-se, assim, a dificuldade histórica de se avançar para um federalismo de cooperação na educação, balizado por processos de descentralização e autonomia dos entes federados e de coordenação federativa, que garantam diretrizes e padrões de qualidade nacional para a educação sem uma centralização política na União, mas com articulação de esforços e virtudes regionais. Isto implica defender a autonomia dos entes, a descentralização e a orientação nacional da política, a partir de esforços de cooperação e colaboração entre os entes federados, que, desse modo, não prescindem de diretrizes e padrões de qualidade nacional ao participarem de sua proposição e materialização (DOURADO, 2013). No mesmo sentido, coloca-se a questão federativa no que diz respeito à garantia do direito à educação a todos os cidadãos brasileiros, de modo que a condição mínima de funcionamento do regime de colaboração refere-se ao bom diálogo interfederativo e com a sociedade civil na área educacional. (OLIVEIRA; SANTANA, 2010)

Diante disso, cita-se normativa exarada pelo CNE durante a pandemia: o Parecer CNE/CP nº 5/2020, que trata da reorganização do calendário escolar e da possibilidade de cômputo de atividades não presenciais para fins de cumprimento da carga horária mínima anual, em razão da pandemia da Covid-19, tendo sido aprovado em 28 de abril de 2020 e homologado parcialmente pelo Ministro da Educação em junho de 2020, e cujo conteúdo tem sido analisado sob diferentes enfoques.

A União dos Dirigentes Municipais de Educação (UNDIME), por exemplo, explicitou preocupações relativas à forma indutora, como se apresenta no Parecer, de uso de atividades pedagógicas não presenciais enquanto durar o período de emergência. Ainda, defende que devem ser devidamente disciplinadas as condições estruturais e metodológicas mínimas para sua oferta pelas redes e escolas.

A Confederação Nacional de Municípios (CNM) defendeu que "diversas orientações do CNE coincidem com as alternativas apresentadas na Nota Técnica (NT) 17/2020, elaborada pela área técnica da educação" da CNM e orientou os gestores municipais a definir, com brevidade, as atividades pedagógicas não presenciais, ainda que reconheça a imprevisibilidade da duração da suspensão das aulas presenciais e a insegurança jurídica latente.

Já a Associação Nacional de Pós-graduação e Pesquisa em Educação (ANPEd) publicou posicionamento considerando que o documento

apresenta "apenas algumas recomendações, sem aprofundar-se em questões estruturais como concepção, gestão e financiamento da educação". Ainda, ressaltou a falta de coordenação pelo Governo Federal e o MEC, afirmando ter ignorado seu papel na coordenação das políticas educacionais em articulação com os entes federados, adicionalmente ao cenário de cortes orçamentários vivenciado na educação recentemente.

A coordenação da Cátedra da UNESCO de Direito à Educação, por sua vez, analisa que o Parecer reafirmou as competências dos estados e município e orientou o sistema nacional de educação. Apesar disso, pondera a inflexão do MEC na cooperação federativa, que deveria, no mínimo,

> [...] convocar a instância permanente de negociação, criada em 2014 pela lei que instituiu o Plano Nacional de Educação e em funcionamento desde o início do 2020, que tem o dever de colaborar para fortalecer a articulação entre os sistemas de ensino, por meio de ações conjuntas. (RANIERI, 2020, s/p.).

Observa-se diferentes posicionamentos em relação ao Parecer, mas há uma constante no tocante à necessidade de articulação nacional de políticas educacionais. Sobre isso, o Parecer apenas faz recomendações, sendo vago e genérico ao não especificar situações e fundamentos, não detalhando orientações. Para se ter uma ideia, no primeiro tópico do Parecer (Histórico) afirma-se que

> [...] diversas consultas foram formuladas ao Conselho Nacional de Educação solicitando orientações em nível nacional a respeito da reorganização do calendário escolar e da possibilidade de cômputo de atividades não presenciais para fins de cumprimento da carga horária mínima anual. (BRASIL, 2020, p. 2).

Não é possível identificar uma articulação entre o CNE e os Conselhos Municipais e Estaduais de Educação, apesar das solicitações de orientações citadas, denotando limitado diálogo com a sociedade e com as mais diferentes instâncias e atores ligados à educação, como entidades estudantis e profissionais, reitores de universidades, organizações sociais e famílias. Em síntese, o referido Parecer demonstra reducionismo e tecnicismo ao centralizar o debate em torno do calendário escolar e do ano

civil, desdobrando-se na defesa do ensino remoto para o cumprimento da carga horária e na sinalização de dificuldades das famílias e escolas para depois da pandemia e não para o momento presente pandêmico, igualmente ou mais conturbado.

Nesse sentido, são coerentes as reflexões suscitadas pelo Portal Geledés no artigo "Por que o Covid-19 nos obriga a repensar nossa concepção de educação", que destaca o quanto a pandemia modificou drasticamente as rotinas cotidianas e expõe as mazelas sociais.

> Não é apenas um problema de conectividade e acesso aos recursos tecnológicos. O contexto apenas descortinou e intensificou o nosso abismo educacional. Como vivem as crianças longe dos olhos docentes? Fome, violência física e simbólica, abusos e outras tragédias reais, estão nos últimos 60 dias, como feridas ainda expostas, e não pode mais ser escamoteadas em planos de aulas, merendas sem valor nutricional e vídeos aulas. As aulas, tarefas, rotinas irão estancar as feridas e aliviar as dores, são como máscaras e respiradores, mas ainda não é a cura. A crise sanitária nos exige propor um projeto de vida em sua diversidade, envolvendo a ampliação do conceito de "educação" e "escola". (CARDOSO, 2020, s/p.).

Frente ao aludido Parecer do CNE, que demonstra reduzir o debate no requisto carga horária e currículos, tais questões colocam-se como fulcrais na abordagem do problema. Em que pese as peculiaridades da pandemia, o tema do calendário escolar é historicamente enfrentado pelos sistemas de ensino, não havendo obrigatoriedade em se manter uma adequação entre ano escolar e ano civil. Ainda, a LDB em seu artigo 23, § 2º, prevê que o calendário "deverá adequar-se às peculiaridades locais, inclusive climáticas e econômicas, a critério do respectivo sistema de ensino, sem com isso reduzir o número de horas letivas previsto nesta Lei."

Outras normativas exaradas pelo CNE, no exercício de sua função manifesta sobre questões que abranjam mais de um nível ou modalidade de ensino e relativas à aplicação da legislação educacional, destinam-se a abordar a educação na pandemia. É o caso do Parecer CNE/CP nº 9/2020,

aprovado em junho e homologado em julho, cujo assunto é o reexame do Parecer CNE/CP nº 5/2020, adstrito ao item sobre exames, haja vista a homologação parcial pelo Ministro da Educação em razão de discordância para manter a realização do Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM), apoiado pelo referido Conselho.

Por fim, destaca-se o Parecer CNE/CP nº 11/2020, aprovado em julho e homologado em agosto, que apresenta "orientações educacionais para a realização de aulas e atividades pedagógicas presenciais e não presenciais no contexto da pandemia". Segundo a normativa, que reafirma o princípio da dignidade humana como fundante da educação, "o processo de oferta educacional, nesses tempos da pandemia Covid-19, transcende decretos e normas que permitem flexibilizar o afastamento social". Entende-se que tal Parecer apresenta-se de forma mais robusta, ampla e fundamentada, em relação aos anteriores, pois aponta orientações e diretrizes aos sistemas de ensino, oferecendo diretrizes para o planejamento dos calendários e sugestões de cunho organizacional e pedagógico.

Para tanto, apoiando-se em indicadores produzidos pelo Censo Escolar da Educação Básica e Superior, além de pesquisas e experiências também da sociedade civil e em âmbito internacional, e problematizando as desigualdades prementes na sociedade brasileira, o Parecer levanta a necessidade de respostas educacionais eficazes para a proteção dos direitos relacionados à educação e à aprendizagem, atentando-se à observação dos protocolos sanitários nacional e local e valorizando a coordenação de ações nos estados e municípios. Entretanto, a normativa vem reafirmar as soluções virtualizadas, mediadas pelo uso da *Internet* e tecnologias digitais da informação e comunicação, sem refletir necessariamente o cenário de desigual acesso vivenciado no país.

Todos os Pareceres citados são silentes em relação ao preconizado pelo Plano Nacional de Educação (PNE) e, também, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), instituído pela Lei 8.069 (BRASIL, 1990), que sobretudo no caso da educação básica deve ser considerado integradamente ao previsto na LDB e na Constituição Federal. Oportuno lembrar, ainda, que o PNE retoma a proposta de um Sistema Nacional de Educação coordenado pela União, ainda inexistente, que muito poderia contribuir em um momento crítico para a educação como essa pandemia,

haja vista que ele seria responsável pela articulação entre os sistemas de ensino, em regime de colaboração, para efetivação das diretrizes, metas e estratégias do PNE. Para Saviani (2009), o sistema é a unidade de vários elementos intencionalmente reunidos de modo a formar um conjunto coerente e operante.

Conforme Dourado (2016; 2017) houve todo um contexto histórico e político de lutas e mobilizações nacionais para uma crescente participação social até a aprovação do PNE em 2014. Ainda, para o autor, é necessário que o PNE alcance, efetivamente, a condição de uma política de Estado com status de epicentro para a educação. Não se observa, nesse sentido, nem mesmo menção do Parecer ao Plano, que poderia orientar prioridades para a política educacional no momento. De outro lado, sabemos que o PNE se insere em um contexto de lutas e resistências no campo da educação, que a sociedade civil vem empreendendo por meio de organizações, fóruns, sindicatos e entidades, sobretudo nesse momento de ausência de uma política nacional diretiva.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inegável que a pandemia impactou decisivamente a política educacional, seja por agudizar as desigualdades, demandar novos planejamentos estatais e práticas educacionais, seja por evidenciar o papel fundamental da educação e seus profissionais como bem público, de forma que os eventuais prejuízos em todos os níveis, etapas e modalidades já são notados por docentes, discentes, gestores, famílias e comunidade em geral.

Ao longo do texto, sem pretender esgotar o debate, mas tão somente levantar notas reflexivas, destacou-se o papel do Estado na garantia do direito constitucional à educação e de normativas exaradas durante a pandemia. Entende-se que há uma ênfase no cumprimento da carga horária mínima dos cursos, oferecendo-se, assim, sugestões e recomendações para se reorganizar calendários de ensino com atividades remotas virtuais, o que aparentemente se contradiz com o reconhecimento e o impacto das desigualdades e falta de acesso a recursos tecnológicos e *internet* de qualidade no país. A adoção de um ensino remoto pode ensejar, inclusive, um incremento dessas desi-

gualdades e um flagrante descumprimento das finalidades constitucionais da educação, ao passo em que iniciativas colaborativas entre os entes federados poderiam culminar em soluções conformadoras de esforços e ações conjuntas.

Ademais, verifica-se uma inflexão do Estado a partir da carência de uma articulação nacional para a garantia desse direito, que promova ações conjuntas em regime de colaboração entre os entes. Com isso, as reflexões tecidas revelam dificuldades em se configurar orientações e diretrizes mais específicas para o momento, seja pela ausência de precedentes recentes, seja pela fragilidade da relação política entre os entes. Daí, a relevância do papel do CNE e do MEC, notando-se um esforço em se publicar pareceres que atualizem orientações, dada a excepcionalidade do momento. Em que pese isto, não se identifica a devida coordenação e conjugação de esforços intergovernamentais, a partir de uma priorização de ações educacionais durante a pandemia por parte da União.

Para tanto, duas considerações finais colocam-se como primordiais. Primeiro, que uma ordenação legítima de prioridades poderia ser parte importante do processo de elencar, em regime de colaboração, as áreas mais afetadas ou de maior vulnerabilidade e necessidade de incidência de esforços coordenados em tempos pandêmicos. O PNE poderia, assim, funcionar como condutor dessa ordenação, por conter metas e estratégias já aprovadas em lei. Também é central o papel do Estado na realização de políticas que incluam a dimensão participativa em sua formulação, na qual a sociedade e os atores envolvidos na educação deveriam ser mobilizados a participar ativamente.

Segundo, coloca-se a necessidade de melhor incidência do papel do CNE como central na orientação nacional para uma atuação articulada junto aos sistemas de ensino, considerando-se que a maior parte das políticas educacionais é implantada pelos Estados e Municípios, haja vista a divisão de competências constitucionais. Portanto, entende-se que qualquer orientação pública relativa às políticas educacionais na pandemia deve considerar, de saída, as desigualdades que marcam o país.

Destarte, sem cooperação federativa, sem escuta dos sujeitos envolvidos na educação, sem considerar as novas dinâmicas familiares e os recursos domésticos, sem planejamento estatal coordenado e sensível à crise e sem orientação nacional, balizada na ciência, não é possível alcançar a

qualidade e, tampouco, sem aprofundamento sobre as prioridades e as desigualdades será possível definir quais atividades pedagógicas serão possíveis à realização do direito à educação.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 maio 2020.

_____. **Emenda Constitucional nº 108, de 26 de agosto de 2020**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc108.htm>. Acesso em: 30 ago. 2020.

_____. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996.** Estabelece as Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm>. Acesso em: 10 maio 2020.

_____. **Parecer CNE/CP nº 5, aprovado em 28 de abril de 2020**. Reorganização do Calendário Escolar e da possibilidade de cômputo de atividades não presenciais para fins de cumprimento da carga horária mínima anual, em razão da Pandemia da Covid-19. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=145011-pcp005-20&category_slug=marco-2020-pdf&Itemid=30192>. Acesso em: 10 maio 2020.

_____. **Parecer CNE/CP nº 9/2020, aprovado em 8 de junho de 2020**. Reexame do Parecer CNE/CP nº 5/2020, que tratou da reorganização do Calendário Escolar e da possibilidade de cômputo de atividades não presenciais para fins de cumprimento da carga horária mínima anual, em razão da Pandemia da Covid-19. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=147041-pcp009-20&category_slug=junho-2020-pdf&Itemid=30192>. Acesso em: 10 maio 2020.

_____. **Parecer CNE/CP nº 11/2020, aprovado em 7 de julho de 2020.** Orientações Educacionais para a Realização de Aulas e

Atividades Pedagógicas Presenciais e Não Presenciais no contexto da Pandemia. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=148391-pcp011-20&category_slug=julho-2020-pdf&Itemid=30192>. Acesso em: 10 maio 2020.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

_____. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. *In*: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Orgs.). **Políticas públicas**: possibilidades e limites. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CARDOSO, Ivanilda Amado. Por que o Covid-19 nos obriga a repensar nossa concepção de educação? **Portal Geledés**, 2020. Disponível em: <https://www.geledes.org.br/por-que-o-Covid-19-nos-obriga-a-repensar-nossa-concepcao-de-educacao/?utm_source=pushnews&utm_medium=pushnotification>. Acesso em: 12 mar. 2021.

CURY, Carlos Roberto Jamil. Direito à educação: direito à igualdade, direito à diferença. **Cad. Pesqui**, n. 116 São Paulo, jul 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttextπd=S0100-15742002000200010>. Acesso em: 15 abr. 2020.

COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas públicas. *In*: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (Orgs.). **Política Pública como Campo Disciplinar**. Rio de Janeiro/São Paulo: Ed. Unesp, Ed. Fiocruz, 2013.

DOURADO, Luiz Fernandes. Sistema Nacional de Educação, federalismo e os obstáculos ao direito à educação básica. *In:* **Educação e Sociedade**, Campinas, v. 34, n. 124, p. 761-785, jul.- set. 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/es/v34n124/07.pdf> Acesso em: 10 maio 2020.

_____. **Plano Nacional de Educação**: política de Estado para a educação brasileira. Brasília: INEP, 2016. Disponível em: <http://portal.inep.gov.br/documents/186968/523064/PLANO+NACIONAL+DE+EDUCA%C3%87%C3%83O+-+Pol%C3%ADtica+de+Estado+para+a+educa%C3%A7%C3%A3o+brasileira/2cbb3d59-497d-45a8-a5af-d3bbe814336e?version=1.5>. Acesso em: 10 abr. 2020.

_____. **Plano Nacional de Educação**: o epicentro das políticas de estado para educação brasileira. Goiânia: Editora Imprensa Universitária, ANPAE, 2017.

OLIVEIRA, Romualdo Portela; SANTANA, Wagner. (orgs) **Educação e federalismo no Brasil**: combater as desigualdades, garantir a diversidade. Brasília: UNESCO, 2010. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000187336>. Acesso em 16 abr. 2020.

RANIERI, Nina. **Calendário escola**r: Conselho Nacional de Educação e a federação. Federalismo educacional no Brasil e a cooperação em tempos de pandemia do novo coronavírus. São Paulo, 03/05/2020. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/calendario-escolar-conselho-nacional-de-educacao-e-a-federacao-03052020?utm_source=JOTA+Full+List&utm_campaign=9f62277864-EMAIL_CAMPAIGN_2019_03_29_08_43_COPY_01&utm_medium=email&utm_term=0_5e71fd639b-9f62277864-380413797>. Acesso em: 18 maio 2020.

_____. ALVES, Angela Limongi Alvarenga (orgs). **Direito à educação e direitos na educação em perspectiva interdisciplinar**. São Paulo: Cátedra UNESCO de Direto à Educação/Universidade de São Paulo (USP), 2018. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000262765>. Acesso em: 05 jul. 2020.

RODRIGUES, Horacio Wanderlei. Direito educacional em tempos de pandemia: normas de caráter temporário. *In:* **Conjur**, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-23/direito-

pos-graduacao-direito-educacional-tempos-pandemia-normas-temporarias>. Acesso em: 17 maio 2020.

SAVIANI, Dermeval. **Da Nova LDB ao Novo Plano Nacional de Educação**: por outra política educacional. Campinas: Autores Associados, 1998.

_____. Sistema de educação: subsídios para a Conferência Nacional de Educação. *In*: **Reflexões sobre o Sistema Nacional Articulado de Educação e o Plano Nacional de Educação**. Brasília: INEP, 2009.

DIREITO DE RESISTÊNCIA: A HISTORICIDADE DO PODER DE REVOLUÇÃO NO CONTRATO SOCIAL

Vanessa Gonçalves Alvarez[6]

INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende analisar a historicidade do denominado direito de resistência. Para tanto, será realizada uma breve incursão na história conceitual de Koselleck para observar a mutação semântica do conceito do direito de resistência e da insubordinação civil desde a Revolução Francesa de 1789.

Para a pesquisa, será utilizado o movimento dialético do método indutivo-dedutivo e téorico-interpretativo através do estudo dos conceitos fundamentais da participação popular e da resistência, notadamente, através das principais obras de Emmanuel-Joseph Siéyès e Jean-Jacques Rousseau, visando perquirir o espaço do direito de resistência no ordenamento jurídico pátrio vigente.

O Artigo 2º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 dispõe que: "O fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses Direitos são a liberdade. a propriedade, a segurança e a resistência à opressão".

6 Mestranda em Direito Político e Econômico na Universidade Presbiteriana Mackenzie, Professora de Direito Administrativo na Universidade Nove de Julho e Analista Jurídica no Ministério Público do Estado de São Paulo.

Contudo, o direito de resistência no mundo político hodierno, como prerrogativa natural do indivíduo de se opor ao Governo estabelecido parece ter sido esquecido.

As democracias participativas oferecem diversos instrumentos para a participação popular, tal como o voto direto, secreto, universal e periódico, além do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular. Pierre Rosanvallon acentua que a democracia deliberativa é inicialmente imposta a partir dos anos 1990 a fim de superar os limites impostos pela democracia participativa, visando uma participação mais qualitativa quanto à discussão racional e processos argumentativos (ROSANVALLON, 2006, p. 7). Entretanto, conforme ressalta Villas Bôas:

> [...] a primeira coisa a se constatar é que a progressiva imposição da democracia como forma de legitimação do poder político somente se generaliza no Ocidente, a partir do século XIX", de forma que os políticos que hoje se caracterizam como democráticos derivam das revoluções ocorridas no final do século XVIII. (VILLAS BÔAS, 2008, p. 652).

Rousseau avaliou o sistema político da Inglaterra do século XVIII com as seguintes palavras: "O povo inglês pensa ser livre e muito se engana, pois só o é durante a eleição dos membros do parlamento; uma vez estes eleitos, ele é escravo, não é nada" (ROUSSEAU, 1762, p. 112).

O processo relativo ao sufrágio, ou seja, votar e ser votado caracteriza o âmago da democracia representativa contemporânea, mas deve ser analisado com cautela na concretização efetiva dos conceitos de cidadania e democracia efetivamente participativa.

É salutar compreender que hodiernamente se verifica a corrosão do processo democrático por meio da real dificuldade da candidatura de cidadãos sem apoio partidário e econômico, do não exercício do voto por minorias que por vezes sequer possuem o regular acesso a esse direito (indígenas, quilombolas, detentos e presidiários, moradores em situação de rua), da manutenção do poder político e econômico com os fatores reais de poder de *Ferdinand Lassale* por meio da concentração do poder econômico através de doações eleitorais, além do efeito perverso das redes sociais e das denominadas *fake news* no processo democrático contempo-

râneo. Pelas razões supramencionadas, hodiernamente o processo democrático se mostra majoritariamente como um instrumento de manutenção do poder pelo poder através de grupos de emergentes que se renovam hereditariamente no sistema político apenas trocando seus personagens.

Conforme elucidou Winston Churchill, "A democracia é o pior dos regimes políticos, mas não há nenhum sistema melhor que ela", neste sentido, se propõe o estudo do direito de resistência no âmbito da democracia contemporânea a fim de analisar e revalidar os processos democráticos de mundo no caos. Para tanto, se impõe o estudo de quem é o *terceiro estado* atualmente, quem são os fatores reais de poder que manipulam o jogo democrático e se a legitimidade do contrato social se encontra intacta, considerada a latência do poder constituinte originário e a invisibilidade de cidadãos que não se veem representados.

No século XIX, Alexis de Tocqueville,[7] ministro conservador da 2ª República, que se aposentou da vida política após o golpe de estado de Louis-Napoléon Bonarparte em 10 de dezembro de 1851, advertiu em discurso perante a Assembleia Nacional em 27 de janeiro de 1848, sobre supostas ameaças à ordem democrática da época, pois considerava que os manifestantes de 1848 defendiam valores incompatíveis com a Revolução de 1789:

> *On dit qu'il n'y a point de péril, parce qu'il n'y a pas d'émeute; on dit que, comme il n'y a pas de désordre matériel à la surface de la société, les révolutions sont loin de nous. Messieurs, permettez-moi de vous dire, avec une sincérité complète, que je crois que vous vous trompez. Sans doute, le désordre n'est pas dans les faits, mais il est entré bien profondément dans les esprits.*

Para a melhor compreensão do extrato em francês, registra-se a tradução de referida citação para o vernáculo:

> Dizem que não há perigo, porque não há tumulto; diz-se que, como não há desordem material na superfície da sociedade, as re-

7 Alexis de Tocqueville, personalidade do Partido da Ordem, conservador, considerava que os manifestantes de 1848 traíram a Revolução de 1789 e, por tal razão, deveriam ser repreendidos sem reservas.

> voluções estão longe de nós. Senhores, permitam-me dizer-lhes, com toda a sinceridade, que acredito que estão errados. Sem dúvida, a desordem não está nos fatos, mas entrou profundamente nos espíritos.

Neste sentido, diante da latência do direito de resistência mesmo após a Revolução de 1789, se propõe uma digressão a partir de Sieyès e *Rousseau* para revisitar os institutos fundamentais da participação popular na democracia contemporânea, a fim de analisar se a sociedade líquida, globalizada e desigual conseguiu desenhar um novo significado ao processo democrático e, em caso negativo, como se legitimaria, sob essa perspectiva, o direito de resistência à opressão.

1. O DIREITO DE RESISTÊNCIA E A DESOBEDIÊNCIA CIVIL

O direito de resistência e a desobediência civil são instrumentos de salvaguarda dos direitos de liberdade, uma reverberação da dimensão política da cidadania. A democracia, a cidadania e os direitos de liberdades são conceitos que se inter-relacionam na medida em que constituem os fundamentos do Estado de Direito hodierno.

O direito de resistência ou de desobediência foi defendido pelo norte-americano Henry *David Thoreau* (1817-1862), autor da obra "O dever de desobediência civil" (1849), que se fundamentou nos preceitos de direitos instituídos por Locke (1632-1704). A resistência é um ideal condicionado e vinculado ao conceito de liberdade do estado e do ideário liberal. Para alguns, a desobediência é espécie do gênero resistência e seu ideal somente pode ser concebido a partir do Estado moderno.

No século XX, o direito pacífico de resistência ou desobediência civil foi desenvolvido por *Gandhi* em movimento político visando protestar em face da coroa britânica, o que foi empregado pelo movimento dos *Panteras Negras* no combate às desigualdades. Diante da ocorrência de diversos fatos políticos e sociais ao longo da história, se faz necessário observar que a liberdade, assim como a democracia, faz parte de uma classe de conceitos que passam por mutações semânticas que permanecem até que outra perspectiva limite a que foi estabelecida anteriormente (GALLIE, 1956).

A cidadania é o princípio e o fim da democracia, um conjunto de prerrogativas e responsabilidades dos membros da comunidade política que se concretiza por meio da solidariedade e da busca de uma sociedade mais igual. Historicamente, os direitos fundamentais foram consagrados nas mais diversas Cartas de Direitos. Referido reconhecimento iniciou-se, segundo a doutrina majoritária, com a Magna Carta do Rei João sem Terra, de 1215, e se desenvolveu com o *Petition of Rigths* de 1628, *Habeas Corpus Act* em 1679, *Bill of Rights* em 1689, resultante da Revolução Gloriosa e *Act of Settlement* em 1701.

No artigo "As dimensões da cidadania", Smanio ensina que o surgimento do uso linguístico do termo "cidadania" ocorreu com Jean Bodin, em 1576, na *Les Six Livres de La République*, para caracterizar a relação entre súdito e soberano, onde se dá o início da fundamentação jurídica do estado com poder incondicionado sobre os súditos (SMANIO, 2009, p. 14).

Com Thomas Hobbes e a obra *Do Cidadão*, no Estado absolutista do século XVII, ocorre a efetiva abstração conceitual da cidadania, o indivíduo buscando uma fuga da guerra perpétua instalada no estado de natureza é conduzido a submeter-se ao soberano, em troca pede proteção e segurança. No século XVIII, o movimento iluminista concebe uma nova percepção da cidadania, visando o enfraquecimento do estado absoluto e a defesa do cidadão perante o estado, o que faz com que a perspectiva de cidadania vertical de Jean Bodin passe a ser horizontal com Rousseau (*O Contrato Social*).

Igualmente importante foram as revoluções inglesa, norte-americana e francesa, com o fortalecimento do ideal liberal e a proteção de direitos civis em uma carta de direitos, conforme se constata com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Ocorre uma nova transformação e mutação com o conceito de cidadania e advento da crise do estado liberal, que apenas representou uma emancipação de direitos para homens brancos, livres e com posses, mas negou o pleno exercício da cidadania aos demais participantes da sociedade com a instituição do voto censitário.

No século XX, a partir da obra de Marshall*, Cidadania, Classe Social e Status*, houve uma superação definitiva das amarras liberais com alargamento da cidadania abrangendo direitos civis, políticos e sociais. A exclu-

são social, a imigração, novos movimentos sociais, a pluralidade religiosa e étnica, a globalização, tornam imperiosas novas dimensões de cidadania. Verifica-se um esgotamento do modelo liberal de cidadania.

A multiculturalidade trouxe a fragmentação de valores e o reconhecimento de divergências se tornou inerente ao exercício de direitos com a inclusão social dos grupos e minorias, considerando que a cidadania do século XXI está ligada, segundo Habermas em sua obra *Factidad y Validez*, a mecanismos jurídicos de integração e inclusão social (SMANIO, 2009, 17).

O contrato social deve se estender para uma sociedade mundial, considerando que os direitos humanos não nascem do fato de ser nacional de determinado estado, mas como atributos da pessoa humana (Preâmbulo da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969).

2. A HISTORICIDADE DO CONCEITO DO DIREITO DE RESISTÊNCIA E REINHART KOSELLECK

Para Nietzsche, apenas é passível de definição aquilo que não tem história, é esta quem molda a definição dos conceitos desenhados no passado e no presente, apresentando-se o estudioso como um arqueólogo a fim de perquirir a mutação semântica que se desenvolve através do tecido do tempo. A história se refere a um processo de significações e ressignificações conforme o tempo, o espaço e a política dominante em determinado período, de forma que uma análise cautelosa de quaisquer conceitos ou institutos pressupõe a análise de seu lugar não apenas no "tempo natural", mas também no "tempo histórico" ou na história conceitual.

É preciso evitar abordagens anacrônicas que projetam para o tempo presente concepções que são próprias do passado ou a projeção das concepções hodiernas no estudo de conceitos e institutos do passado, esse caminho *aller-retour* deve ser reciprocamente cauteloso. Neste caminhar é que a mutação semântica ou a polissemia dos conceitos no tempo e no espaço deve ser compreendida através da historicidade fática e jurídica, de forma a evitar transposições indevidas, o que levaria ao desencaixe das peças de um quebra-cabeça montado no passado.

Villas Bôas Filho sublinha a importância da análise de Skinner na revisão das abordagens que projetam expectativas do presente sobre autores do passado, colocando-os, inclusive, como protagonistas de teorias e

doutrinas que sequer existiam na época em que foram escritas (VILLAS BÔAS FILHO, 2008, p. 670).

Inicialmente, Koselleck (1992) defende que o conceito somente pode ser pensado uma única vez, e com base nesse pensamento, Skinner defende que é impossível analisar o conceito histórico em sua diacronia sem ter conhecimento da intenção que guiou o próprio escritor, seu subjetivismo. Conforme acentua Koselleck (1992, p. 141), a diacronia está contida na sincronia, o que permite a estruturação da história conceitual já que é por meio da perspectiva diacrônica que se possibilita a avaliação da duração e do impacto dos conceitos, é que:

> Toda sincronia contém sempre uma diacronia presente na semântica, indicando temporalidades diversas que não posso alterar. E aqui situa-se o ponto que pode sustentar minha defesa de uma história dos conceitos: ela pode ser escrita, posto que em dada utilização específica (*situative Verwendung*) de um conceito, estão contidas forças diacrônicas sobre quais eu não tenho nenhum poder e que se expressam pela semântica." (KOSELLECK, 1992, p. 141)

É possível que a mutação polissêmica histórica e temporal tenha ocorrido com diversos conceitos utilizados cotidianamente, mas sua importância é ressaltada com os conceitos jurídico-políticos referentes ao Estado, à Revolução e à Sociedade, considerando que, segundo Koselleck (1992), todo conceito está semanticamente organizado dentro de um contexto.

Villas Bôas Filho, ao citar Rancière, observa que a abordagem histórica é imprescindível à delimitação adequada dos conceitos que, por vezes, nos são dados como prontos, quando na verdade são produto de construções históricas (VILLAS BÔAS FILHO, 2013, p. 666).

Koselleck propõe a historiografia dos conceitos a partir da análise do que é o tempo histórico, diferenciando-se o do "tempo natural", computado física-astronomicamente, já que remonta a uma realidade plural conforme a diversidade da experiência humana. Sobre o denominado "tempo histórico", o autor adverte que:

> [...] há que se pôr em dúvida a singularidade de um único tempo histórico, que há que se diferenciar do tempo natural mensurável. Pois, o tempo histórico, se é que o conceito tem um sentido pró-

> prio, está vinculado a unidades políticas e sociais de ação, a homens concretos que atuam e sofrem, a suas instituições e organizações (KOSELLECK, 2001, p. 14).

A mutação semântica relativa aos conceitos se deve ao próprio decorrer do tempo no espaço. A história conceitual possui uma concepção historiográfica que adota como fundamento a historicidade humana, já que as concepções sociais moldam os conceitos ao seu tempo.

Villas Bôas Filho analisou a polissemia do conceito de "Democracia", que perpassa o "estado idílico da política" com Rancière, o modelo de democracia liberal de Chevalier, a democracia participativa da década de oitenta e a democracia deliberativa da década de noventa, as duas últimas elucidadas por Rosanvallon. Igualmente, o conceito de democracia desloca seu foco da soberania do povo para a exigência da igualdade com Catherine Colliot-Thèlene. Ainda, possui um caráter ambíguo para Rancière que defende a sua variedade semântica, até mesmo de acordo com a sua etimologia que compreenderia "desordem originária", dissenso e não consenso.

3. O DIREITO DE RESISTÊNCIA EM ROUSSEAU NA OBRA O CONTRATO SOCIAL DE 1762

Na obra *O Contrato Social*, publicada em 1762, Rousseau elucida a importância da caracterização pretérita do conceito de "povo" a fim de sublinhar que um contrato social só pode ser celebrado após a identificação das partes que irão transacionar os direitos e liberdades com um determinado súdito. Rousseau defende que um povo pode dar-se a um rei, conforme Grotius. Segundo o autor, um povo é um povo antes de dar-se a um rei. Essa doação mesma é um ato civil, supõe uma deliberação pública. Portanto, antes de examinar o ato pelo qual um povo elege um rei, seria bom examinar o ato pelo qual um povo é um povo. Pois esse ato, sendo necessariamente anterior ao outro, é o verdadeiro fundamento da sociedade (ROUSSEAU, 1762, p. 32).

Contudo, Rousseau aponta que diante dos obstáculos impostos pelo estado de natureza, os homens devem se unir e dirigir as forças existentes para formar uma agregação mediante uma soma de forças que possa

prevalecer sobre a resistência, colocá-las em jogo por uma só motivação e fazê-las de comum acordo. Para tanto, se faz necessário encontrar uma forma de associação que pretenda a proteção com toda força comum visando a união de todos, para que cada um obedeça somente a si mesmo e continue com a liberdade do estado de natureza, é o que oferece o contrato social, segundo Rousseau.

Sobre o pacto social, o autor genebrino acentua que "cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a suprema direção da vontade geral; e recebemos, enquanto corpo, cada membro como parte indivisível do todo". Contudo, para Rousseau, todo aquele que se recusar a obedecer à vontade geral será forçado por todo corpo a obedecer, o que não significa outra coisa senão que o forçarão a ser livre, pois tal é a condição que garante o cidadão, entregue à pátria, de toda dependência pessoal. Neste sentido, o autor difere a vontade de todos da vontade geral, afirmando que a primeira é a soma de vontades e interesses privados, enquanto a segunda considera apenas o bem-comum sem a comunicação dos cidadãos entre si.

Apesar de Rousseau reconhecer a necessidade da alienação de poder, bens e liberdades do povo ao soberano para celebração do contrato, social, também prevê expressamente que o soberano possui limites, ao dispor que o poder do soberano, por mais absoluto, sagrado e inviolável que seja, não deve ultrapassar os limites das convenções gerais e deve respeitar a igualdade da vontade geral sem onerar um súdito sobre o outro.

Sobre a democracia, o autor defende que nunca existiu e nunca existirá a verdadeira democracia (ROUSSEAU, 1762, p. 81). "É contra a ordem natural que a maioria governe e que a maioria seja governada". Igualmente, sublinha:

> Aliás, quantas coisas difíceis de reunir esse Governo supõe! Em primeiro lugar, um Estado muito pequeno em que o povo seja fácil de reunir e no qual cada cidadão possa facilmente conhecer todos os outros. Em segundo lugar, uma grande simplicidade de costumes que evite o acúmulo de questões e as discussões espinhosas. A seguir, muita igualdade das condições e nas fortunas, sem o que a igualdade não poderia substituir por muito tempo nos direitos e na autoridade. Enfim, pouco ou nenhum luxo, pois o luxo ou é o efeito das riquezas, ou as torna necessárias; ele corrompe ao mes-

> mo tempo o rico e o pobre, um pela posse e o outro pela cobiça; vende a pátria à indolência e à vaidade; retira do Estado os cidadãos para escravizá-los uns aos outros à opinião (ROUSSEAU, 1762, p. 80).

No mesmo sentido, o autor genebrino defende que a democracia está sujeita a agitações políticas sociais, considerando que se caracteriza como um governo que tende de maneira forte e contínua a mudar de forma:

> Acrescentemos que não há governo tão sujeitos às guerras civis e às agitações internas quanto o democrático ou popular, porque não há nenhum outro que tenda de maneira tão forte e contínua a mudar de forma, nem que exija mais vigilância e coragem para ser mantido na sua. É sobretudo nessa constituição que o cidadão deve armar-se de força e de constância e dizer a cada dia de sua vida, no fundo de seu coração, o que dizia um virtuoso palatino na Dieta da Polônia: Malo periculosam libertatem quam quietum servitium. Se houvesse um povo de deuses, ele se governaria democraticamente. Um Governo tão perfeito não convém aos homens (ROUSSEAU, 1762, p. 82).

Apesar do contrato social firmado, para o autor não basta que o povo reunido tenha uma vez fixado a constituição, dando sua aprovação a um corpo de leis: não basta que tenha estabelecido um governo perpétuo, sendo necessárias outras reuniões da associação, fixas e periódicas sem a necessária convocação formal.

4. O DIREITO DE RESISTÊNCIA EM SIEYÈS NA OBRA "O QUE É O TERCEIRO ESTADO?"

Na obra *O que é o terceiro estado?* publicada em janeiro de 1789 e considerada o principal ensaio publicado antes da Revolução Francesa que ocorreu no mesmo ano, Sieyès inicia o seu estudo com três perguntas: "*Qu'est-ce que le tiers-état? Tout Qu'a-t-il été jusqu'à présent dans l'ordre politique? Rien Que demande-t-il? `A être quelque chose"*. Para a melhor compreensão, segue o mesmo trecho em vernáculo: "1ª) O que é o Terceiro

Estado? – Tudo. 2ª) O que tem sido ele, até agora, na ordem política? – Nada. 3ª) O que é que ele pede? – Ser alguma coisa.

Igualmente, na obra o autor assevera que a sociedade se divide entre o primeiro estado (a nobreza), o segundo estado (o clero) e sobre o terceiro estado (os demais cidadãos), sendo que é sobre este que recai toda a sustentação política e econômica da sociedade, afirmando:

> Quem ousaria assim dizer que o Terceiro Estado não tem em si tudo o que é preciso para formar uma nação completa? Ele é o homem forte e robusto que está ainda com um braço preso. Se se suprimisse as ordens privilegiadas, isso não diminuiria em nada à nação; pelo contrário, lhe acrescentaria. Assim, o que é o Terceiro Estado? Tudo, mas um tudo entravado e oprimido. O que seria ele sem as ordens de privilégios? Tudo, mas um tudo livre e florescente. Nada pode funcionar sem ele, as coisas iriam infinitamente melhor sem os outros.

O autor defende que até o momento da publicação de sua obra, o Terceiro Estado não tomou o seu lugar de fato e de direito e que apesar de ter sido subordinado às elites dominantes, é medida impositiva que o povo enxergue o seu poder a fim de limitar os privilégios da monarquia e do clero, "[...] o Terceiro Estado não teve, até agora, verdadeiros representantes nos Estados Gerais. Desse modo, seus direitos políticos são nulos".

Assim como na obra *O Contrato Social*, Sieyès não faz referência expressa ao termo *direito de resistência*, o que pode ser extraído, de acordo com a história dos conceitos de Koselleck (1992), conforme as teorias da soberania popular elucidadas pelos autores e cujos ensaios fundamentaram a Revolução Francesa de 1789. Sieyès descreve que o Terceiro Estado pede que os votos sejam contados por cabeça e não por ordem, que os seus representantes efetivamente a ele pertençam, ou seja, sem nenhuma espécie de privilégio, que os deputados sejam em número igual aos da nobreza e do clero.

No mesmo sentido, e próximo à defesa do conceito do direito de resistência, o autor registrou:

> Na lentidão do Terceiro Estado eu vi apenas o hábito do silêncio e o medo do oprimido, o que dá mais uma prova da realidade da opressão. É possível refletir seriamente sobre os princípios e o fim

> do estado de sociedade sem revoltar-se até o fundo da alma com a monstruosa parcialidade das instituições humanas?

Assim, se propõe que Sieyès exaltou ao povo francês o "direito de resistência" ao asseverar a inaceitabilidade de se continuar com o mesmo sistema de representação na assembleia dos estados gerais, sem a devida representação "por cabeça", demonstrando a injustiça e ilegitimidade do poder permanecer apenas com os aristocratas, quando a base da sociedade se encontrava sem a devida representação política.

5. A DEMOCRACIA E O DIREITO DE RESISTÊNCIA HODIERNO

A fragilidade da democracia, que historicamente estabilizou-se a partir da *Teoria do Contrato Social* de Rousseau e encampada por Hobbes e Locke, sofre novas ameaças, tornando imperativa a análise do direito de resistência à opressão, nos termos preconizados no art. 2° da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

O direito de resistência consiste no direito de manifestação legítima como forma de expressão da insatisfação do cidadão diante de fatos, atos de governo e movimentos ideológicos como exercício da liberdade, segundo Corentin de Salle, *"cette théorie de la résistance à l'oppression est en réalité une théorie de la révolution",* em vernáculo, "essa teoria da resistência à opressão é na verdade uma teoria da revolução". No mesmo sentido, por sua importância, prescreve-se novamente o art. 2° da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 que "Art. 2º. A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade a segurança e a resistência à opressão".

É salutar observar que o Direito enquanto disciplina analítica e positiva, nos termos da neutralidade de Kelsen (KELSEN, 2009), não pode encontrar eco sem o efetivo entendimento de que a legitimidade da ordem civil denominada Estado deve respeitar a cidadania e o exercício de direitos civis.

Diversos acontecimentos históricos desenharam o que se denominou o direito de resistência, notadamente, as Revoluções Americana, Francesa

e Russa, que delimitaram limites ao poder político estatal com a imposição de demandas civis. O direito à resistência ou a desobediência civil não se caracteriza apenas pelas liberdades civis referentes ao direito de locomoção, ao direito de reunião ou ao direito de associação.

Ora, o direito de questionar o contrato social estabelecido por meio da ordem civil imposta se caracteriza como um complexo exercício de diversas liberdades civis, mas sob a ótica do direito de insurreição, ou seja, de questionar a legitimidade e a autoridade das instituições estabelecidas. Nos dias atuais, desde a decretação da pandemia pela Organizacão Mundial da Saúde, se faz essencial a leitura do relatório *Democracy Under Lockdown: The Impact of Covid-19 on the Global Struggle for Freedom,* produzido pela *Freedom House,* que apontou que a democracia global têm se tornado cada vez mais "fraca" em cerca de 80 países durante a pandemia do Covid-19, seja pela suspensão de eleições livres, pela adoção de medidas não previstas constitucionalmente ou pelas violações de direitos humanos dos Estados em face de cidadãos.

É imperativo registrar que a democracia se encontra em crise desde os primórdios atenienses, assim como a República romana, ou seja, a construção, a queda e a ressignificação dos sistemas e regimes de poder fazem parte do desenvolvimento dos próprios conceitos. Contudo, a situação da pandemia no globo apontou a genuína urgência de se observar como a democracia e a participação popular poderão sobreviver e se redesenhar em sede de isolamento, notadamente, para as parcelas mais frágeis e esquecidas da população.

Se na história o direito de resistência de resistência se desenhou por meio de revoluções populares, como será possível conciliar a democracia com a pandemia? Como será possível desenhar um novo conceito para a participação popular em meio ao caos da Covid-19 no mundo?

O direito de resistência, justamente pela característica de insurreição e insubordinação ao *status quo,* não possui, em regra, previsão expressa em sede constitucional ou tratados internacionais, sendo possível excepcionar a previsão no artigo 2° da Declaração Universal dos Direitos Humanos e do Cidadão de 1789. Assim, o desafio hodierno de redesenhar os conceitos de participação popular, democracia e resistência se verifica não apenas nas limitações jurídicas e formais, mas também nas limitações externas, políticas e atualmente nos efeitos da pandemia do Covid-19.

CONCLUSÃO

A análise realizada visou sublinhar a importância do estudo histórico dos conceitos, notadamente, daqueles que possuem semântica político-jurídica e que reverberam pelo tecido do tempo e do espaço através dos mais variados contextos sociais e políticos. A ausência do delineamento preciso dos conceitos de acordo com o contexto e a moldura em que são produzidos pode resultar na produção de significados diacrônicos e distópicos.

O estudo da história conceitual é salutar para compreender quaisquer textos que não foram produzidos no tempo presente, mas adquirem maior relevância quando se trata de conceitos que fundamentam as bases do Estado de Direito do presente, que por vezes reverbera influências exógenas e históricas sem laços semânticos.

Desde o início da declaração do estado de pandemia relativo à Covid-19 pela Organização Mundial da Saúde (OMS), a organização norte-americana Freedom House publicou diversos estudos e pesquisas sobre violações ao regime democrático praticadas por regimes repressivos e autoritários que se utilizaram das necessárias medidas de isolamento para evitar a realização de manifestações populares e fortalecer o silenciamento de seu povo.

O relatório *Democracy Under Lockdown: The Impact of Covid-19 on the Global Struggle for Freedom,* produzido pela Freedom House, apontou que a democracia global tem se tornado cada vez mais "fraca" em cerca de 80 países durante a pandemia do Covid-19, seja pela suspensão de eleições livres, pela adoção de medidas não previstas constitucionalmente ou pelas violações de direitos humanos dos Estados em face de cidadãos.

A mutação semântica dos conceitos relativos à participação popular, outrora, significativo do direito à revolução ou do denominado "direito de resistência", hoje deve ser subsumir e se adequar aos conceitos do estado pós-moderno relativos à democracia, república e constitucionalismo. Neste sentido, o estudo visou acentuar que apesar do espaço e tempo hodiernos serem diversos daqueles cenários de Emmanuel-Joseph Siéyès e Jean-Jacques Rousseau, é importante ratificar que apenas a ressignificação do conceito de participação popular e consequentemente de resistência

política é que poderá salvar a todos de eventual aristocracia eletiva vestida de democracia ou do desequilíbrio do denominado *"check and balances"*.

É salutar se recordar que o art. 1°, parágrafo único da Constituição Federal de 1988, dispõe que "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição".

A questão que se põe para eventual reflexão é: o voto periódico e os instrumentos relativos ao plebiscito, ao referendo e à iniciativa popular são suficientes para desenhar o conceito de democracia e participação popular no Brasil de 2021? Com o desenvolvimento de novas tecnologias e ciências da comunicação, é possível que a participação popular por meio da resistência permaneça apenas dentro da moldura constitucional?

A diversidade histórica da experiência política não pode ser desconsiderada, mas é preciso cautela para que as mutações semânticas conceituais não legitimem a destruição de conceitos, nos termos do explanado na obra *Raízes do Brasil*, abaixo mencionada:

> Quer isso dizer que, num país como o Brasil em que a democracia teria sido, historicamente, "um lamentável mal-entendido, conforme enfatizava o célebre ensaio de 1936 de Sérgio Buarque de Holanda, há que se tomar cuidado para que a alusão à democracia não se reduza um simples ornamento retórico de práticas que a ela não correspondem (VILLAS-BÔAS, 2013, p. 690).

Apesar da polissemia do conceito de democracia e de sua própria origem que se legitima na participação popular, *no poder do povo, pelo povo e para o povo*, conforme proclamado por Abraham Lincoln no discurso de Gettysburg de 1863, é essencial que a mutação polissêmica dos conceitos não permita o abandono da etimologia e do ideal central do discurso republicado e democrático.

A análise da historicidade dos conceitos demanda cuidado e cautela a fim de que a mutação semântica não resulte na destruição da essência dos conceitos fundamentais do Estado de Direito hodierno, pois é imperativo que os cidadãos não se tornem apenas parte deste *quebra-cabeça constitucional,* sob risco de legitimar a transformação material dos institutos da democracia e da república no simulacro eleitoral formal da aristocracia eletiva.

Por fim, talvez, hodiernamente, o principal desafio seja uma nova compreensão dos conceitos de participação popular, democracia e do direito de resistência para preservar o poder popular frente ao inevitável isolamento social, que consequentemente, reverbera no isolamento político e econômico dos cidadãos frente ao Estado. Desde a democracia direta com as assembleias de Atenas e de Roma, passando pela democracia representativa e participativa, hoje, o desafio é preservar a democracia em todos os seus sentidos no mundo do caos da Covid-19.

REFERÊNCIAS

BENOÎT-ROHMER, F.; WACHSMANN, P. La résistance à l'oppression dans la Déclaration. **Droits**, n. 8, 1988.

DAHL, Robert A. **A Democracia e seus críticos.** Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

FREEDOM HOUSE. **Democracy under lockdown. The Impact of Covid-19 on the Global Struggle for Freedom.** Disponível em <https://freedomhouse.org/sites/default/files/2020-10/COVID-19_Special_Report_Final_.pdf> Acesso em: 20 mar. 2021.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KOSELLECK, Reinhart. **Los extratos de tempo. Estudios sobre la história**. Barcelona: Paidós Ibérica, 2001.

_____. **Uma história dos conceitos: problemas teóricos e práticos.** Estudos históricos. Rio de Janeiro, v. 5, n. 10, p. 134-146, 1992.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** CL EDIJUR. Leme-SP, 2014.

RANCIÈRE, Jacques. **Aux bords du politique**. Paris: Gallimard, 1998.

_____. Les démocrates contre la démocratie. In: AGAMBEN, Giorgio et al. **Démocratie, dans quel état?** Paris: La Fabrique, 2009. p. 95-100.

ROSANVALLON, Pierre. **La contre-démocratie: la politique à l`âge de la défiance**. Paris: Éditions du Seuil, 2006.

ROSSEAU, Jean Jacques. **O contrato social**. Editora L&pm, 1762.

_____. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **Qu'est-ce que le tiers-état?** Paris: Flammarion, 2009.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. Dimensões da cidadania. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público**, São Paulo, Ano 2, p. 13-23, jan-jun. 2009.

THOREAU, Henry David. **A Desobediência Civil.** São Paulo: Editora Cultrix, 1993.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Direito e liberdade: algumas considerações acerca de uma abordagem atenta à historicidade dos conceitos. In: BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ADEODATO, João Maurício (Orgs.). **Filosofia e teoria geral do direito: homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Junior**. São Paulo: Quartier Latin, 2011

_____. A historicidade da dogmática jurídica a partir da begriffsgeschichte de Reinhart Koselleck. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 5, n. 1, jan-abr. 2008.

_____. Democracia: a polissemia de um conceito fundamental. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 108, 2013.

ZIBLATT, Daniel e Steven Levitsky. **Como as democracias morrem.** Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO FEDERAL: PONTOS E CONTRAPONTOS DOUTRINÁRIOS E LEGAIS

Paulo Henrique dos Reis Soares
José Eduardo de Santana Macedo

INTRODUÇÃO

O presente trabalho analisa o tema Processo Administrativo Tributário Federal, especificamente para identificar os seus procedimentos e as suas fases processuais em âmbito federal. Sem a intenção de esgotar a matéria, visa esclarecer alguns aspectos na relação contribuinte/Fisco Federal no sentido de esclarecer a relevância deles para cada polo da relação. Devido à escassez de obras relacionadas ao tema, abordará a visão de dois autores, Caio Bartine (2013) e Hugo de Brito Machado (2019), bem como da legislação pertinente ao tema, a Lei 9.784/1999 e o Decreto 70.235/1972, além de contribuições de dispositivos em leis relevantes ao tema, e alguns dispositivos do Código Tributário Nacional e comentários dos seus dispositivos com o doutrinador Eduardo Sabbag (2018).

Este trabalho é justificado pela necessidade de viabilizar o entendimento, esclarecendo aos polos das relações tributárias, com foco no contribuinte, devido à obrigação de pagar o tributo supostamente inadimplente, notificado com auto de infração. Caso não haja concordância com

algum ponto da sanção imposta, será possível recorrer via administrativa, para impugnar algum ponto da matéria ou toda ela, caso haja discordância da sanção pecuniária imposta.

Especificamente, busca-se: a) explanar procedimentos administrativos, diferenciando-os do processo administrativo, com base na análise dos principais e mais relevantes pontos de ambos à luz da legislação e doutrina; b) relatar os pontos positivos e as vantagens de aderir ao processo administrativo tributário; c) identificar na legislação a obrigação de pagamentos de custas, multas, honorários, juros e demais sanções impostas aos inadimplentes, o que poderia ser um óbice para a impugnação via administrativa.

Dada a relevância da matéria, o estudo visa especificamente esclarecer ao contribuinte alternativas mais viáveis fora da esfera judicial, o que poderá evitar demasiadas demandas na Procuradoria da Fazenda Nacional, diminuindo o número de processos judiciais e contribuindo na redução do congestionamento do Poder Judiciário, além de oferecer alternativas aos contribuintes para evitar perdas patrimoniais, podendo melhorar a economia, ajudando os empreendedores com informações relevantes.

Tendo em vista que no caso prático pode servir de orientação ou alternativa mais célere e econômica aos operadores do direto, contabilistas, e especialistas no assunto. Caso tenham sido concluídos os pontos positivos para ambos os sujeitos, a administração e o contribuinte, ficará evidente uma oportunidade de solução de conflitos. Outrossim, havendo pontos positivos para os empresários, isso abrirá portas para os advogados ampliarem seus raios de ações com demandas administrativas oferecendo soluções razoáveis aos seus clientes, ampliando suas possibilidades de atuação, desafogando o sistema judiciário. Por outro lado, caso não haja pontos positivos, os advogados podem orientar os seus patrocinados a ingressarem diretamente na via judicial.

A metodologia utilizada baseou-se na pesquisa doutrinária e na legislação, sendo realizado um estudo de natureza básica, cuja pesquisa é classificada como exploratória. Frisa-se que se utilizará o procedimento técnico bibliográfico, e que a investigação da temática exposta fora pautada em doutrinas e legislações. Por derradeiro, ressalta-se que o método de abordagem utilizado será o método dedutivo.

1. PROCEDIMENTO E SUAS FASES

Há divergência na doutrina sobre a definição da palavra "procedimento" devido ao sinônimo da língua portuguesa com a palavra processo. Segundo Bartine (2013) "procedimento" difere de "processo", pois no procedimento administrativo fiscal o autor define como um conjunto de atos administrativos, sendo estes atos espécies de encadeamentos entre si para formar um ato válido praticado pela administração Pública ou pelo particular.

Logo, segundo o autor supracitado que alerta para alguns pontos positivos no procedimento administrativo, demonstrando que não exige contraditório ou ampla defesa, destinando-se apenas à coleta de dados e informações, tendo em vista que esses dados e informações são mera apuração do cumprimento das obrigações tributárias.

A legislação define o entendimento do "procedimento administrativo" segundo o art. 142 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional) como verificação da ocorrência do fato gerador e da obrigação correspondente enumerando os procedimentos legais como: determinar a matéria tributável; calcular o montante do tributo devido; identificar o sujeito passivo que, nesse caso, havendo verificação da ilegalidade poderá propor ação cabível (BRASIL, 1966).

O dispositivo supracitado, que versa sobre o procedimento administrativo, possui o seguinte teor:

> Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível. Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional (BRASIL, 1966).

Segundo o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal, e dá outras providências, descreve

taxativamente a forma de proceder. O legislador taxou os procedimentos e elencou em seu art. 7º, registrando o dispositivo legal onde inicia o processo administrativo fiscal que contém a seguinte redação:

> Art. 7º O procedimento fiscal tem início com: (Vide Decreto nº 3.724, de 2001). I - o primeiro ato de ofício, escrito, praticado por servidor competente, cientificado o sujeito passivo da obrigação tributária ou seu preposto; II - a apreensão de mercadorias, documentos ou livros; III - o começo de despacho aduaneiro de mercadoria importada. § 1° O início do procedimento exclui a espontaneidade do sujeito passivo em relação aos atos anteriores e, independentemente de intimação a dos demais envolvidos nas infrações verificadas. § 2° Para os efeitos do disposto no § 1º, os atos referidos nos incisos I e II valerão pelo prazo de sessenta dias, prorrogável, sucessivamente, por igual período, com qualquer outro ato escrito que indique o prosseguimento dos trabalhos (BRASIL, 1972).

Sob o mesmo enfoque, Sabbag (2018) destaca um ponto no procedimento administrativo, o "lançamento" que por sua vez é um procedimento administrativo vinculado e não admite a forma verbal, apenas escrita. Nesse toar, segundo Sabbag (2018), levanta-se um ponto positivo para o contribuinte, haja vista que, por não ser ato autoexecutório, há a possibilidade de discuti-lo tanto na esfera administrativa quando na esfera judicial:

> Define o art. 142 do CTN que o lançamento é procedimento de exigibilidade do tributo, mostrando-se como atividade administrativa plenamente vinculada. Sendo assim, o lançamento rechaça a discricionariedade em seu processo de formação. Ademais, o lançamento, por ser vinculado, exige a feição escrita, não se admitindo o "lançamento verbal". Contudo, o lançamento não é ato autoexecutório. Assim, o contribuinte pode desviar-se do pagamento do tributo e discuti-lo administrativamente ou judicialmente, não podendo ser alvo implacável de atos autoexecutáveis de coerção, que o pressionem a efetuar o recolhimento do gravame (SABBAG, 2018, p. 407-8).

Segundo Machado (2019), a própria natureza do tributo exige que seja legal, inadmitindo atividades discricionárias na Administração Tributária, tornando-a sempre vinculada ao desenvolvimento perante a autoridade e a Administração. A essa altura surge uma discordância na doutrina. Bartine (2013), por sua vez, usa duas classificações: a vinculada ou a discricionária conforme entendimento sumulado do STF, súmula 473. Diferenciando do entendimento corrente de Bartine (2013), Machado (2019) aduz somente a corrente vinculada.

O referido autor difere as duas classificações como sendo a vinculada possuindo todo o escopo da Administração, definida em lei, sem poder atuar fora dela. Já a discricionária, contudo tenha que atuar dentro da lei, pode ter uma margem de comportamento de conveniência de atuação dentro dos limites da lei. Isso sem deixar de possuir o controle de legalidade quando ocorrer um vício de legalidade em ambas as classificações. E por isso usa a discricionariedade para poder anular seus próprios atos caso haja vícios de legalidade.

Pode-se inferir que há diferenças do procedimento administrativo para o processo administrativo, no primeiro não há litígio ou lide, no segundo há litígio ou lide, no primeiro dispensa contraditório e ampla defesa, no segundo exige contraditório e ampla defesa, no primeiro, não interfere diretamente na esfera de direitos do administrado, no segundo intervém ou chancela a intervenção estatal na esfera de direitos do administrado, no primeiro não demanda participação do administrado, no segundo demanda participação do administrado para a obtenção de uma solução justa e, por derradeiro, no primeiro existe o pronunciamento de uma autoridade, decidindo ou homologando determinado ato e, no segundo, busca-se uma decisão.

Por fim, Machado (2019) alerta sobre mais três procedimentos administrativos que os contribuintes devem atentar em seu favor: "repetição de indébito", "parcelamento de dívidas fiscais" e "reconhecimentos de direitos". Sendo o parcelamento de débitos fiscais um incentivo para o adimplemento dos contribuintes com suas obrigações tributárias:

> Existem, ainda, outros procedimentos administrativos no âmbito da Administração Tributária, tais como o de *repetição, do indébito,* o de *parcelamento de dívidas fiscais* e o de *reconhecimento de direitos*. Efetuado o pagamento indevido de um tributo, tem o contribuinte

> direito de requerer à autoridade administrativa competente sua restituição. Como, porém, essa restituição é coisa raríssima, geralmente tal processo não é utilizado. O *Parcelamento de débitos fiscais* é um outro processo muitas vezes colocado à disposição do contribuinte com o fito de estimular o adimplemento da obrigação tributária. Finalmente, o *processo administrativo de reconhecimento de direitos* destina-se à formalização de isenções e imunidades que estejam a depender de manifestação da autoridade da Administração Tributária (MACHADO, 2019, p. 469, grifo do original).

Diante de diversos processos e procedimentos na esfera administrativa tributária, os atuantes na seara administrativa devem atentar-se para as respectivas peculiaridades pré-estabelecidas, no que tange ao procedimento, prazo e nomenclaturas, além de observar o regramento de cada Estado e Município da Federação, que por ora trata-se do ente da União.

2. FASES

Amparando-se no entendimento de Machado (2019), o "procedimento" é uma parte do processo que se divide em duas fases, a contenciosa e não contenciosa, sendo a fase não contenciosa a primeira fase e a contenciosa a segunda fase. O autor classifica como unilateral ou não contenciosa e bilateral, contenciosa ou litigiosa.

O autor supracitado menciona que "a fase não contenciosa é essencial no lançamento de ofício de qualquer tributo. Começa com o primeiro ato da autoridade competente para fazer o lançamento, tendente à realização deste [...]" (MACHADO, 2019, p. 461). Na primeira fase o procedimento administrativo inicia-se com o lançamento tributário direto ou de ofício; lançamento por declaração ou misto; lançamento por homologação ou autolançamento. Percebe-se, assim, que os atos praticados pelas autoridades administrativas que incumbirem obrigações aos contribuintes devem ser realizados por escrito e serem levados ao conhecimento dos sujeitos passivos para produzirem seus efeitos. Encerrando a primeira fase com o termo de encerramento de fiscalização.

Além disso, corroborando o autor supracitado, o Decreto Federal nº 70.235, de 6 de março de 1972, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal, traz como o primeiro ato do procedimento administrativo o ato

por escrito, conforme redação do seu inciso I, art. 7º, "o primeiro ato de ofício, escrito, praticado por servidor competente, cientificado o sujeito passivo da obrigação tributária ou seu preposto" (BRASIL, 1972).

Segundo Machado (2019), a "fase contenciosa" é definida como sendo a "segunda fase": começa com a finalização da fiscalização atuando o contribuinte, o qual inconformado faz a "impugnação do lançamento" (a chamada defesa no processo administrativo) ou "impugnação da exigência" formulada no auto de infração. É nessa fase em que se realizam todas as diligências e as perícias caso necessário, seguindo os atos de instrução do processo administrativo:

> A segunda fase do processo de determinação e exigência do crédito tributário começa com a *impugnação do lançamento*, vale dizer, com a impugnação da exigência formulada no auto de infração. Seguem-se os atos de instrução do processo, como a realização de diligências e de perícias, quando necessários, e o julgamento em primeira instância (MACHADO, 2019, p. 462 - grifo do original).

Entende-se que a segunda fase depende da iniciativa do contribuinte de opor-se ao lançamento direto ou de ofício e por declaração ou misto. Se o contribuinte não impugnar dentro do prazo de 30 dias antes da preclusão, não há que se falar em segunda fase, pois, para haver a segunda fase, teria que contestar algo na primeira. Um ponto positivo relevante para o contribuinte é que, quando achar injusta ou não concordar com a exigência de algum crédito tributário, poderá recorrer às vias administrativas fiscais. Vale destacar que não há necessidade de esgotar a via administrativa antes de acessar o Poder Judiciário, podendo avaliar a melhor opção de acordo com o caso concreto.

O encerramento da segunda fase ocorre quando não for possível recorrer na via administrativa devido à preclusão ou aceitação das decisões de primeira e segunda instâncias, além da decisão do recurso especial.

3. PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO FEDERAL

É imperioso destacar que as principais legislações pertinentes ao tema são: Lei Federal nº 9.784/1999 e o Decreto nº 70.235/1972. A primeira

regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, a segunda dispõe sobre o processo administrativo fiscal, e dá outras providências. Além de alguns dispositivos do Código Tributário Nacional e alguns dispositivos da Lei nº 9.430/1996, que em seus artigos 48 a 50 disciplinam o Processo Administrativo de Consulta.

Nas leis supracitadas, constam todo o procedimento processual administrativo perante a Administração Pública, seus órgãos e agentes, e o processo de defesa administrativa. Desde o procedimento, a forma, legitimados a atuarem no processo administrativo, os interessados a protocolarem impugnações aos autos de infração na Secretaria da Fazenda Nacional. Por fim, encontram-se alguns dispositivos no CTN que complementam a disciplina da matéria, além do amparo da Constituição Federal.

Machado (2019) define "processo administrativo" como sendo a parte do "direto material" que ordena um conjunto de atos pelas autoridades tributárias observando formalidades a serem seguidas respeitando ao máximo os direitos dos contribuintes:

> Na aplicação das normas que integram o chamado direito material pela autoridade da Administração Tributária, alguns atos devem ser praticados de forma ordenada e com observância de certas formalidades. Isto é necessário para garantir que tal aplicação ocorra da forma mais adequada possível e sejam respeitados os direitos do contribuinte. Daí a instituição de um processo administrativo fiscal, destinado a regular a prática dos atos da Administração e do contribuinte no que se pode chamar acertamento da relação tributária (MACHADO, 2019, p. 459).

Segundo o disposto no art. 138 do Código Tributário Nacional a responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração:

> Art. 138. A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração. Parágrafo único. Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimen-

> to administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração (BRASIL, 1966).

Segundo Sabbag (2018), o instituto da denúncia espontânea pode permitir que o contribuinte se afaste de juros, correções monetárias caso haja atraso nos pagamentos dos tributos e ainda não iniciaram os procedimentos administrativos de cobrança. Não exime de responsabilidade, porém, o que restar prejudicado no restante da fiscalização.

Para Machado (2019), o "processo administrativo fiscal" tem duas vertentes, o sentido amplo e o sentido estrido. Em síntese, o sentido amplo é entendido por designar o conjunto de atos administrativos que tende ao reconhecimento da administração por seus agentes na relação fisco e contribuinte. Sendo que, em sentido estrito, o "processo administrativo fiscal" é a espécie do processo administrativo que se destina à obtenção e exigência do crédito tributário e o contribuinte como sujeito passivo discordando de alguma obrigação imposta pretendendo impugnar via administrativa protocolando sua impugnação nos órgãos competentes.

Para o referido autor, o processo administrativo tributário versa sobre os procedimentos, as fases e o litígio via Administração Pública, o qual tem amparo nas leis supracitadas e inicia-se com a lavratura do termo que o autor designa de "Termo de Início de Fiscalização" além de outros atos, como: apreensão de mercadorias, livros, documentos, despacho aduaneiro. O fim do processo administrativo tributário ocorrerá quando não couber mais recurso ou precluir o direito do sujeito passivo de recorrer por via administrativa. Caso a dívida seja inscrita na "dívida ativa", não há que se falar em processo administrativo, mas em processo judicial.

Embora não seja tema pertinente dessa obra explanar sobre os princípios, vale ressaltar dois princípios específicos relacionados ao Direito Tributário. O princípio da legalidade e o princípio do devido processo legal, pois o pilar que sustenta um Estado Democrático de Direito é a submissão à vontade da lei. Vale destacar o princípio do devido processo legal:

> Por *processo administrativo tributário* ou *processo administrativo fiscal* entende-se ser aquele pelo qual tanto a Administração Pública quanto o particular discutem uma pretensão fora do âmbito judicial, mediante sequência ordenada de atos administrativos autorizados por lei. A constituição Federal assegura 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 (art. 5º. LV, da CF/1988). Trata-se do *princípio do devido processo legal* (BARTINE, 2013, p. 241, grifo do original).

Machado (2019) adota o critério objetivo para classificar o processo administrativo fiscal. Isso porque, segundo o referido autor, esse critério classifica o processo em cinco espécies sendo elas as mais adequadas para a temática, a saber: "(a) determinação e exigência do crédito tributário; (b) consulta; (c) repetição de indébito; (d) parcelamento de débito (e) reconhecimento de direitos" (MACHADO, p. 460, 2019). Dentro da temática, o item mais relevante é o da "consulta", que será tratado no próximo subtítulo específico ao tema da consulta, devido ter particularidades no processo administrativo tributário.

A parte mais importante do processo administrativo tributário é a impugnação, é nela que nasce toda trajetória do processo fiscal via administrativa. Após os procedimentos de fiscalização dos órgãos competentes, será emitido um termo de encerramento de fiscalização.

Caso o agente administrativo fiscal encontre alguma irregularidade na empresa emitirá auto de infração que deve seguir os requisitos da lei sujeito à impugnação para anulá-los. O sujeito autuado poderá impugnar via administrativa necessitando seguir os ritos da lei para fazer sua defesa. Os dispositivos legais que disciplinam a impugnação são os artigos 15 a 22 da Lei nº 70.235/1972. Vale destacar os dois primeiros, arts. 15 e 16, conforme as transcrições abaixo:

> Art. 15. A impugnação, formalizada por escrito e instruída com os documentos em que se fundamentar, será apresentada ao órgão preparador no prazo de trinta dias, contados da data em que for feita a intimação da exigência. Parágrafo único (Revogado pela Lei nº 11.941, de 2009). Art. 16. A impugnação mencionará: I - a autoridade julgadora a quem é dirigida; II - a qualificação do impugnante; III - os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir; (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993). IV - as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos

> exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993). V - se a matéria impugnada foi submetida à apreciação judicial, devendo ser juntada cópia da petição. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005) § 1º Considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art. 16. (Incluído pela Lei nº 8.748, de 1993) § 2º É defeso ao impugnante, ou a seu representante legal, empregar expressões injuriosas nos escritos apresentados no processo, cabendo ao julgador, de ofício ou a requerimento do ofendido, mandar riscá-las. (Incluído pela Lei nº 8.748, de 1993) § 3º Quando o impugnante alegar direito municipal, estadual ou estrangeiro, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o julgador. (Incluído pela Lei nº 8.748, de 1993) § 4º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que: (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997) (Produção de efeito) a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997) (Produção de efeito) b) refira-se a fato ou a direito superveniente;(Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997) (Produção de efeito) c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997) (Produção de efeito) § 5º A juntada de documentos após a impugnação deverá ser requerida à autoridade julgadora, mediante petição em que se demonstre, com fundamentos, a ocorrência de uma das condições previstas nas alíneas do parágrafo anterior. (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997) (Produção de efeito) § 6º Caso já tenha sido proferida a decisão, os documentos apresentados permanecerão nos autos para, se for interposto recurso, serem apreciados pela autoridade julgadora de segunda instância (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997) (Produção de efeito) (BRASIL, 1972).

De acordo com os dispositivos citados, a impugnação deverá mencionar os itens dos incisos de I a V do art. 16 da Lei nº 70.235/1972 e caso não conste poderá ser rejeitada de ofício.

Por ser uma matéria administrativa, tecnicamente não existe a formação angular processual (autor ou réu), não existe um litígio judiciário com a obrigatoriedade de advogado. Os próprios representantes legais da empresa: o empresário, os sócios, os administradores, os contadores e demais profissionais conhecedores do assunto podem impugnar o Auto de Infração, desde que constitua uma procuração para representar o contribuinte.

Entende-se como um ponto positivo para o contribuinte optar pela impugnação via administrativa, devido a ser menos oneroso, mais célere e, além disso, se se alcançar em parte ou total o pedido de impugnação, a Procuradoria da Fazenda Nacional não poderá discutir judicialmente a parte vencida pelo contribuinte. Por fim, se restar vencido o processo via administrativa, ainda poderá bater à porta do Poder Judiciário na tentativa de anular a exigência fiscal. Embora não seja tema neste trabalho descrever todas as etapas processuais, faz-se necessário destacar o disposto no art. 45 do Decreto nº 70.235/72, ao qual findo o processo e "caso de decisão definitiva favorável ao sujeito passivo, cumpre à autoridade preparadora exonerá-lo, de ofício, dos gravames decorrentes do litígio" (BRASIL, 1966).

Entende-se que há alguns pontos positivos para embarcar nas vias administrativas, a saber: faculdade de optar ou não por advogado ou outro profissional preposto da empresa e definir a melhor estratégia para custear honorários advocatícios ou não; perdendo a pretensão não incumbe custas e honorários sucumbenciais; enquanto perdurar o processo poderá obter certidão positiva com efeito de negativa mesmo na fase de recurso; suspensão da exigibilidade do crédito tributário; poderá ter solução mais célere do que o judiciário, além de buscar uma solução mais amigável. O doutrinador Eduardo Sabbag defende a ideia de pontos favoráveis ao contribuinte:

> A suspensão da exigibilidade do crédito tributário pode se dar pela via administrativa. As reclamações e os recursos administrativos representam, em geral, o primeiro passo antes da via judicial, trazendo a vantagem de não imporem ao litigante a incidência das custas judiciais. Como é sabido, enquanto perdurar a lide no âmbito administrativo, a exigibilidade do crédito tributário permane-

> cerá suspensa, e o contribuinte poderá obter uma certidão positiva com efeito de certidão negativa, conforme o art. 206 do CTN. Ver STJ: REsp 1.389.892/SP-2013 e REsp 1.372.368/PR-2005. (SABBAG, 2018, p. 426).

Outro ponto relevante das etapas do processo administrativo que merece menção é a possibilidade de recurso, com exceção apenas no processo de consulta que não há essa possibilidade. A Lei nº 9.430/1996 traz uma exceção à regra no § 3º do art. 48, já que o legislador estabelece que: "Não cabe recurso nem pedido de reconsideração da solução da consulta ou do despacho que declarar sua ineficácia".

A legislação permite uma única ressalva de recurso para o processo de consulta, a saber: "conclusões entre soluções de consultas relativas a uma mesma matéria, fundada em idêntica norma jurídica", que nesse caso o parágrafo 5º do art. 48 da Lei nº 9.430/1996 permite recurso especial para solucionar a questão, "§ 5º Havendo diferença de conclusões entre soluções de consultas relativas a uma mesma matéria, fundada em idêntica norma jurídica, cabe recurso especial, sem efeito suspensivo, para o órgão de que trata o inciso I do § 1º".

Corroborando para mais um ponto positivo, segundo Machado (2019), na fase recursal da mesma forma não poderá exigir depósito como condição para a interposição de recurso administrativo. "É inconstitucional a exigência de depósito como condição para a interposição de recurso administrativo. Seja do valor total, seja de parte deste" (MACHADO, 2019, p. 465).

Entende-se que ambas as partes podem recorrer de decisão desfavorável ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF). Em instância recursal, a legislação federal, prevê basicamente três recursos a ser interpostos, a saber: Recurso Voluntário – 30 dias (Decreto nº 70.235/72, art. 33), interposto contra decisão proferida em 1ª instância. Recurso de ofício (Decreto nº 70.235/72, art. 34), será interposto mediante declaração na própria. E Recurso Especial – 15 dias (Decreto nº 70.235/72, art.37, §2º), interposto contra Acórdão de julgamento de Recurso Voluntário ou de Recurso de Ofício quando a decisão de Lei Tributária interpretação divergente daquele que lhe tenha dado outra câmara ou turma do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF).

3.1. CONSULTA TRIBUTÁRIA

A consulta no âmbito federal é disciplinada pelas Leis nºs 9.430/1996 e 70.235/72. Dentre os artigos 48 a 50 da Lei nº 9.430/1996, depreende-se que corre em instância única, conforme o *caput* do dispositivo no art. 48 da legislação citada. "Art. 48. No âmbito da Secretaria da Receita Federal, os processos administrativos de consulta serão solucionados em instância única".

A Lei nº 70.235/72 faz menção às regras da consulta em seu art. 46:

> 46. O sujeito passivo poderá formular consulta sobre dispositivos da legislação tributária aplicáveis a fato determinado. (Vide Lei nº 9.430, de 1996) Parágrafo único. Os órgãos da administração pública e as entidades representativas de categorias econômicas ou profissionais também poderão formular consulta (BRASIL, 1972).

Segundo Bartine (2013), o particular busca apenas obter segurança jurídica no caso de dúvida em relação a qual legislação aplicar no caso concreto, ou seja, busca-se uma "declaração formal" e não uma solução de uma impugnação. Se positiva, aplica-se o caso concreto, se negativa, não aplica no caso concreto.

Um ponto positivo ao recorrer à consulta, segundo o referido autor, é que, enquanto houver pendência da resposta do órgão administrativo, não poderá incidir penalidades e juros moratórios. Outra fundamentação legal corroborando no mesmo sentido encontra-se no Código Tributário Nacional em seu parágrafo segundo do art. 161 conforme exposto:

> Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária. § 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês. § 2º O disposto neste artigo não se aplica na pendência de consulta formulada pelo devedor dentro do prazo legal para pagamento do crédito. (BRASIL, 1966).

A consulta poderá ter eficácia ou ser ineficaz. Segundo Bartine (2013), o caso de ineficácia é tratado pelo disposto no art. 52 do Dec. nº 70.235/1972, que traz as hipóteses de ineficácia:

> Art. 52. Não produzirá efeito a consulta formulada: (Vide Lei nº 9.430, de 1996) I - em desacordo com os artigos 46 e 47; II - por quem tiver sido intimado a cumprir obrigação relativa ao fato objeto da consulta; III - por quem estiver sob procedimento fiscal iniciado para apurar fatos que se relacionem com a matéria consultada; IV - quando o fato já houver sido objeto de decisão anterior, ainda não modificada, proferida em consulta ou litígio em que tenha sido parte o consulente; V - quando o fato estiver disciplinado em ato normativo, publicado antes de sua apresentação; VI - quando o fato estiver definido ou declarado em disposição literal de lei; VII - quando o fato for definido como crime ou contravenção penal; VIII - quando não descrever, completa ou exatamente, a hipótese a que se referir, ou não contiver os elementos necessários à sua solução salvo se a inexatidão ou omissão for escusável, a critério da autoridade julgadora (BRASIL, 1972).

Entende-se por efeitos da consulta: prorrogação do prazo para pagamento (exceto os retidos na fonte); suspensão da exigibilidade do crédito. Além dos impedimentos: à instauração de procedimento fiscal contra o consulente; ao lançamento; suspensão juros de mora; suspensão de penalidades vincula a Administração ao entendimento externado.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, verifica-se que é facultado ao contribuinte optar pela esfera administrativa ou pela esfera judicial, podendo assim analisar via gestão estratégica qual o melhor caminho a ser adotado. Contudo, poderá pleitear os institutos por via administrativa para pedir: repetição do indébito, anulação do auto de infração, parcelamento de dívidas fiscais, consulta, reconhecimento de direitos e outros institutos permitidos em lei que considerar relevantes. Verificou-se que não há divergência na legislação, bem como na jurisprudência, no tocante aos "procedimentos" e "processos" administrativos fiscais. Há apenas a dicotomia doutrinaria

entre Machado (2018) e Bartine (2013). Outrossim, a empresa impugnar na esfera administrativa é ganho de tempo, pois quem supostamente está com dificuldade de pagar obrigações tributárias pode ter um prazo para levantar recursos. Ademais, julgadores administrativos são mais técnicos e chegam mais perto da verdade material, devido a ser conhecedores da contabilidade, legislação tributária e processo administrativo fiscal, com comprovada experiência exigida pela Fazenda Nacional.

Verificou-se que a impugnação é um coadjuvante no papel da defesa ao auto de infração via administrativa, não obrigando o contribuinte a constituir advogado, podendo ser realizada pelo contabilista ou outro profissional com conhecimento do assunto. Dessa forma, o contribuinte não necessita de um profissional do Direito, conquanto possa consultá-lo ou até contratá-lo, embora seja sensato consultar mais de um profissional. Destarte, a empresa só recorre da parte que perdeu no processo administrativo. A Procuradoria da Fazenda Nacional não pode pleitear o que o empresário logrou êxito no processo administrativo.

Entende-se que impugnar, incialmente, pela via administrativa, só seria negativo pelo fato do julgador ser parcial, já que é o próprio órgão que aplica a autuação e o que julga a infração. A contrário senso, possui vários atrativos, pois verificou-se que é menos oneroso que a via judicial, além de ser mais célere devido à natureza administrativa. Alcançando em parte ou total o pedido de impugnação, a Procuradoria da Fazenda Nacional não poderá discutir judicialmente a parte vencida pelo contribuinte e perdendo a pretensão não incumbe em custas e honorários sucumbenciais. Se perder na defesa administrativa, resta-lhe a via judicial para impugnar o Auto de Infração.

Para o contribuinte, exsurge o benefício de, enquanto perdurar o processo e fase recursal, obter certidão positiva com efeito de negativa, suspendendo-se a exigibilidade do crédito tributário. Já na fase recursal, não poderá exigir depósito como condição para a interposição de recurso e no processo de consulta, enquanto houver pendência da resposta do órgão administrativo, não poderão incidir penalidades e juros moratórios.

Ademais, o contribuinte poderá realizar um estudo estratégico de gestão, com suporte jurídico e contábil para verificar a viabilidade de escolha do melhor caminho. Durante o tempo que o processo perdurar, a

exigibilidade do crédito fica suspensa. Dessa forma amplia o raio de ação dos advogados, podendo oferecer opções alternativas e exequíveis aos seus patrocinados. Se perder, mesmo com advogado nomeado, não serão exigidos honorários sucumbenciais para a parte vencida.

Os procedimentos outrora analisados e a difusão do conhecimento da matéria beneficiam a Administração Pública, que, ao estabelecer uma relação direta com o contribuinte, pode resolver com maior celeridade as demandas envolvendo questões tributárias entre ambas as partes. Como consequência lógica, o Poder Judiciário e a Fazenda Nacional têm a possibilidade de diminuir a demanda reprimida relacionada ao tema.

REFERÊNCIAS

BARTINE, Caio. **Direto Tributário: elementos do direito** 3. 2ª ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. (Código Tributário Nacional). Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm> Acesso em: 29 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.** Dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm> Acesso em:1 maio 2020.

BRASIL. **Lei nº 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/l5172.htm> Acesso em: 3 maio 2020.

BRASIL. **Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972.** Dispõe sobre o processo administrativo fiscal, e dá outras providências. Brasília, DF, maio 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm> Acesso em: 1 maio 2020.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Súmula n° 473. 1969.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_401_500> Acesso em: 2 maio 2020.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direto Tributário:** 40 ed., rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2019.

SABBAG, Eduardo. **Código Tributário Nacional Comentado.** 2ª ed., rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Método, 2018.

AS LEIS AMBIENTAIS E A POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS NOS MUNICÍPIOS DO INTERIOR BAIANO

Vitória Souza Andrade[8]

INTRODUÇÃO

Ao analisar a tradição jurídica brasileira, baseada no *civil law,* verifica-se que há uma gama de produções legislativas, seja por via originária típica do poder legislativo, seja pela função atípica do executivo atraindo uma exagerada produção de leis e atos normativos que não possuem força normativa e por fim *mutatis mutandi* tornam-se meras folhas de papel, por serem geridas pelos fatores reais de poder, como afirma Lassalle (2006). As legislações, desse modo, ficam sem força para regular as situações normativas em que se aplicam, a exemplo das leis ambientais no Brasil, com predominância nos municípios do interior baiano, tendo como exemplo a Lei de Política Nacional de Resíduos Sólidos, que não impede, nestes municípios, a disposição final diversa do preceito contido na lei, tal como verificaremos no presente estudo.

Conforme dados da Agência Brasil (2020), 49,9% dos municípios brasileiros ainda descartam seus resíduos sólidos em terrenos baldios ou lixões, sendo, deste modo, responsável pela poluição dos lençóis freáticos,

8 Acadêmica em Direito cursando IX período pelo Cento Universitário Ages em Paripiranga-BA.

indo de encontro à Constituição Federal Brasileira no que diz respeito à proteção do meio ambiente e da vida visto que tal situação desencadeia diversos problemas de saúde para os seres humanos e animais que consomem água e alimentos de regiões poluídas em seus lençóis freáticos.

Levando em consideração estes fatos, surgem diversos questionamentos, dentre os quais estão: qual a grande dificuldade de implementar a Lei de Política de Resíduos Sólidos nos municípios interioranos com especial atenção aos do semiárido baiano já que sua efetivação plena deveria ter atingido seu ápice há mais de cinco anos?

Em razão destes questionamentos e dos dados analisados, este artigo objetiva um breve estudo sobre a aplicação da Lei de resíduos sólidos no interior baiano, com enfoque no município de Monte Santo, local em que foi realizada pesquisa de campo com a finalidade de observar a aplicação dos principais pontos da Lei nº 12.305/10.

Escolheu-se este município em razão da maioria dos estudos acadêmicos se concentrarem em grandes centros urbanos ou capitais, entretanto, os pequenos munícios existem e devem ser igualmente objeto de estudo, tendo em vista que se trata de unidades federativas plenas nas quais são produzidos leis e atos normativos, além de existir relações jurídicas complexas, devendo, desta forma, também ser objeto de estudo e análise. Neste sentido, a pesquisa trouxe foco principal sobre a extinção dos lixões e sua substituição por aterros sanitários, que necessitam de planejamento em longo prazo e grande investimento financeiro que nem todos os municípios possuem, sendo necessário realizar consórcios públicos para a efetivação da política.

Incialmente, foi realizado um breve relato sobre a Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS) e seu histórico no ordenamento jurídico brasileiro trazendo dados importantes sobre a projeção da lei no país e os números alarmantes da disposição final ilegal de resíduos sólidos no país. Neste sentido, o trabalho, a seguir, trata a respeito da PNRS, desta vez sob enfoque da teoria de Ferdinand Lassalle em sua obra "O que é uma Constituição" que diserta a respeito da ineficiência da Constituição quando a mesma não se encontra conforme a realidade da sociedade na qual ela se dirige, sendo assim, o presente trabalho fez uma relação *mutatis mutandis* da teoria de Lassalle e a Política Nacional de Resíduos Sólidos. Ainda nesta esteira, foi realizada a análise das razões dessa falta de efetivação da politica de resíduos sólidos e as recentes modificações na referida Lei que

proporcionaram um maior tempo para a efetivação da política, tendo em vista que o prazo inicial já haver sido consumado, com enfoque nos municípios baianos e em especial ao munícipio de Monte Santo.

Por fim, buscou-se apresentar possíveis soluções para os problemas apresentados, trazendo a baila ações que, se promovidas em conjunto, e em um planejamento em longo prazo, poderão modificar as formas de disposição final dos resíduos sólidos no país.

1. A LEI DE RESÍDUOS SÓLIDOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Constituição Federal em seu art.225 preleciona que todos têm o direito a um meio ambiente saudável e equilibrado, essencial à qualidade de vida. Desta forma, o poder público deve planejar e implementar políticas públicas que promovam a valorização de um meio ambiente saudável discriminando qualquer forma de poluição ambiental.

Em 2010, entrou em vigor a Lei nº 12.305, que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS), que tem dentre os seus objetivos a prevenção, precaução da poluição ambiental em virtude da disposição final não ecológica de resíduos sólidos, desenvolvimento sustentável, proteção à saúde pública e a qualidade ambiental, prelecionados em seus artigos 6° e 7°.

A Política Nacional de Resíduos Sólidos visa a participação de todos os entes federados, baseados no princípio da cooperação e participação, objetivando a prevenção e manutenção de um ambiente saudável através de planos de gestão integrada de resíduos sólidos para municípios e estados, e um plano nacional, para a União. Tais planos são construídos através de instrumentos que visam diminuir a produção de resíduos e a ter um maior controle sobre a destinação final dos mesmos, em razão da maioria destes ter sua destinação nos lixões, verdadeiras lixeiras a céu aberto, sem qualquer controle sobre os dejetos ali dispostos, gerando poluição do solo, de águas e do ar.

A referida Lei, no art. 54, afirma que a disposição final ambientalmente adequada deveria ser implantada em quatro anos, ou seja, até o ano de 2014 deveria haver uma erradicação de lixões no Brasil, substituindo-os por aterros sanitários.

De igual modo, objetivou-se um incentivo à implementação de políticas e atuação de empresas de reciclagem, fomento da logística reversa e uma consciência ambiental tanto das empresas, como dos seus consumidores, entretanto a realidade vivida em 2020/21 é o sucateamento de planos de natureza de proteção ambiental, tais como a revogação de portarias que visam à proteção ambiental. Neste sentido, uma reportagem do Jornal El País (2020) demostra que nos últimos anos houve diversos desmanches das legislações e atos normativos do Direito Ambiental, tais como a revogação de portarias do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA).

A PNRS é uma legislação que visa um meio ambiente saudável por traçar políticas que, se aplicadas de forma correta, poderiam levar o Brasil a se tornar um dos países com maior senso de políticas com responsabilidade ambiental, é completa no que diz respeito a construir metas e a direcionar quais politicas devem ser desempenhadas, mas é utópica ao programar o cumprimento de seus dispositivos em quatros anos em um país que não tem familiaridade com a coleta seletiva ou a disposição correta dos resíduos sólidos, ainda mais pela extensão do território e suas diferentes realidades, além da falta de incentivo financeiro para tal.

Sendo assim, apesar de ser uma lei bem estruturada, não foi efetiva, quando sancionada em 2010, projetou que em 2014 deveria haver uma erradicação dos lixões no país, tendo em vista que não houve por parte dos governantes interesse e investimento para coloca-la em prática o objetivo inicial não foi alcançado, sendo que nem a metade dos lixões no Brasil foram substituídos, desta forma, em 2021 o cenário é desolador, sendo que foi necessário modificar a legislação em 2020 e demarcar novas datas para a conclusão de seus objetivos.

2. LASSALE E A LEI DE RESÍDUOS SÓLIDOS

A PNRS está longe de se tornar uma norma efetiva, mesmo após dez anos da entrada em vigor. Nestas circunstâncias, em razão de grande parte dos municípios não terem se adequado a legislação, houve alteração da referida legislação com novos marcos para implementar as mudanças que a Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS) requer, a Lei nº 14.026/2020 estabeleceu novos prazos para a implantação de aterros sanitários nos municípios indo ao prazo máximo do ano de 2024 modificando as disposições do art. 54 da Lei nº 12.035/10.

Conforme relatório da Associação Brasileira de Empresas de Limpeza Pública e Resíduos Especiais (Abrelpe) havia mais de 1.600 lixões oficiais no Brasil, além disso, verificou-se que a produção de lixo está aumentando no país. Constata-se, desta forma, que a realidade brasileira está retrocedendo, indo de encontro a PNRS e trazendo grande impacto ao meio ambiente, visto que esses locais poluem os lençóis freáticos atingindo todos aqueles que consomem tanto água, quanto alimento das regiões afetadas.

Diante desses dados e as recentes tragédias ambientais brasileiras como as de Mariana, em 2015, e a de Brumadinho, em 2018 causadas pelo rompimento de barragens de rejeitos que levou ao fim prematuro tanto vidas humanas como fauna e flora, somados a poluição do Rio Doce, faz repensar as forças normativas das leis ambientais no Brasil.

Marcos Mortari (2019) relata as tragédias ocorridas em Minas Gerais citadas acima, e destaca que pouco tem sido feito para reparar os danos ocorridos, o problema central, de acordo com o autor, é a falta de fiscalização e a pouca quantidade de barragens monitoradas.

Um dos principais objetivos da PNRS é a prevenção e precaução, mas ao considerar a situação ambiental brasileira é certo afirmar, *data vênia*, que estas leis são meras folhas de papel sem qualquer força normativa, é impensável que tragédias como as das barragens venham ocorrer em um país que possui uma lei específica de resíduos sólidos.

Em sua obra, Lassalle (2016) afirma que a constituição se torna uma mera folha de papel quando não reflete a realidade da sociedade em que ela se dirige e somado aos fatores reais de poder, quais sejam: os governantes, ela se torna ineficaz. Nessa esteira, *mutatis mutandi* levando em consideração os dados atuais, a PNRS está sendo uma mera folha de papel, pois, os governantes, sendo estes os fatores reais de poder, não a utilizam para repensar e modificar as formas de disposição final de resíduos sólidos, esta situação se confirma pelo fato de já ter se passado mais de 11 anos desde que a Lei entrou em vigor e nada de muito novo surgiu neste sentido, no pais.

3. A PNRS E OS MUNICÍPIOS BAIANOS

De acordo com Yuti Silva (2016), 85% dos munícipios baianos descartam o lixo em aterros irregulares, dos 111 municípios baianos analisados pelo Índice de Sustentabilidade da Limpeza Urbana (Islu), 94 (85%)

descartam de maneira irregular os resíduos sólidos coletados, recorrendo a lixões clandestinos e a aterros sem infraestrutura adequada, além disso, o autor relata que não há um nível alto de coleta seletiva nas cidades e municípios baianos, sendo os maiores índices na capital baiana ou em cidades próximas a Salvador, como Feira de Santana e Lauro de Freitas, o pior índice está nos municípios do interior baiano.

Com base nas informações acima, constata-se que na maioria dos municípios do interior baiano não existe uma coleta de lixo seletiva, não há sequer um planejamento futuro para pôr fim aos lixões, não possuem nem mesmo um sistema de esgoto, objeto mínimo de saneamento básico, são lugares do Brasil esquecidos, onde a lei não tem força normativa, onde quem manda são os fatores reais de poder, como afirma Lassalle (2006). Pode-se afirmar que o tema meio ambiente para os governantes do Brasil não tem tido a importância devida nas rodas de discussões nem mesmo na coletividade, se a população reivindicasse dos seus governantes uma maior atuação no setor ambiental poderíamos ter uma realidade com menos descasos.

De acordo com Murilo Gitel (2018), os baianos estão desinformados quanto a coleta seletiva, conforme pesquisa realizada pelo Ibope, para 94% dos entrevistados a reciclagem é importante para o futuro do planeta e 95% concordam que o jeito correto de descartar os resíduos é "separando cada um em um saquinho" uma solução simples e de conhecimento geral. Entretanto, 81% não separam os materiais recicláveis individualmente e destes, 54% não separam sequer o lixo orgânico (como restos de alimentos) do inorgânico, isso posto, se percebe que é necessário uma consciência ambiental e uma mudança de cultura vinda da população.

Neste sentido, não se deve atribuir culpa somente aos gestores e governantes, a sociedade investida na coletividade também tem responsabilidades quanto ao meio ambiente, no art. 25 e 30 da Lei 12.305/10, a PNRS institui que a coletividade e os consumidores também são responsáveis pelo descarte apropriado do lixo, pois não adiantará estabelecer políticas públicas de proteção ambiental e coleta seletiva, se a população não descarta seu lixo da forma correta, não estimula o mercado comprando produtos que tenham o rótulo de consumo sustentável como as empresas que praticam a logística reversa.

Observa-se, neste caso, que em razão do desinteresse da população pela sustentabilidade ambiental, sendo o principal fator a desinformação acerca da importância de preservação, os políticos (fatores reais de poder) não investem em meio ambiente, não é interessante para eles, não gera votos, sendo assim, seus objetivos eleitoreiros não seriam contemplados, portanto os fatores reais de poder como sendo suas vontades políticas estão acima da lei.

4. A LEI DE RESÍDUOS SÓLIDOS E O MUNÍCIPIO DE MONTE SANTO

Neste momento, o estudo irá se concentrar no interior baiano, em especial no Município de Monte Santo, que dista 365 km da capital baiana, verifica-se em diversos trabalhos acadêmicos, que quase todas as análises são realizadas levando em consideração dados de grandes cidades e capitais, esquecendo por vezes, que os municípios do interior também são alvos das leis e possuem de igual forma, problemas jurídicos e políticos.

Apesar da Lei de Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS) ter sido sancionada em 2010, a população montensantesse é, em sua maioria, alheia a questão da substituição dos lixões por aterros sanitários, este é um tema pouco debatido, demonstrando a necessidade de implementar a consciência ambiental coletiva que está na constituição e na PNRS, esta deve se desenvolver através de palestras para todos na população, em setores específicos como CRAS (Centro de Referência de Assistência Social) e escolas.

Em um primeiro momento, levanta-se a hipótese de que no interior baiano, especificamente no semiárido, em especial atenção à cidade de Monte Santo, a Lei de Resíduos Sólidos não tem força normativa, pois tanto os governantes quanto a população estão alheias a importância de um desenvolvimento sustentável e da expressiva significação da efetivação da destinação final ecológica dos resíduos sólidos.

Apesar de que, ao analisar a situação total do país, verifica-se que este não é um problema exclusivo do semiárido baiano, grande parte em virtude dos acidentes ambientais referentes a rejeitos de minério nos últimos quatro anos no Brasil e ao aumento de produção de lixo somado a quan-

tidade absurda de lixões ativos pelo país, além da desinformação a respeito do descarte final os resíduos sólidos.

Com o intuito de estudar em Monte Santo sobre a aplicação da Lei nº 12.305/010, o então secretário de Agricultura e Meio Ambiente do município no ano de 2019, época de realização da pesquisa, o senhor Zeliomar de Almeida Volta, prontificou-se a fornecer algumas informações sobre a questão dos descartes de resíduos sólidos no município.

Ao ser questionado sobre a quantidade de lixões no município, o secretário afirmou que só há um lixão registrado em Monte Santo, entretanto, a realidade é outra, há pequenos lixões espalhados pelo território municipal entre as fazendas e povoados que não aparecem nos registros oficiais. Além disso, o secretário afirmou que o lixão de Monte Santo é localizado em uma área errônea, já que por vezes o mau cheiro chega às ruas próximas ao local, que inclusive são povoadas, mesmo o espaço estando regulado dentro do Plano Diretor da cidade, a Lei 010/2006. Este, inclusive, já passou do prazo de revisão de 10 anos desrespeitando o art. 40 §3° do Estatuto da Cidade, que disciplina o prazo de revisão da lei em dez anos.

O atual Plano Diretor da cidade não condiz com sua realidade, até mesmo em razão de já ter passado 15 anos desde a sua realização, porém, ainda é utilizado pelo setor de engenharia para o planejamento das obras. Verifica-se, por vezes, que a lei existe, porém não há força normativa para sua efetivação, a cultura local tanto a de governantes, quanto a dos gestores, é de não utilizarem as leis de organização da cidade/município e das leis ambientais, esta, inclusive foi uma das respostas ao questionamento referente a coleta seletiva. Nesse contexto, ao ser questionado sobre reciclagem, o secretário afirmou que o maior impedimento é a cultura local, as pessoas não têm o costume de realizar coleta seletiva na cidade, infelizmente, esta é uma problemática, além do desinteresse do poder público, a coletividade também tem parcela de culpa. A legislação atribui responsabilidades à coletividade de contribuir para a efetividade dos comandos legislativos quando são incumbidos em realizar a reciclagem e contribuir com a coleta seletiva.

Com o objetivo de verificar o comportamento da população na coleta de lixo, o distrito Pedra Vermelha, pertencente ao município de Monte Santo, distando 24 km da cidade, também foi alvo desta pesquisa. Neste

sentido, verificou-se que, mesmo que o carro de som ande pelas ruas informando o horário em que os carros para a coleta de lixo passarão para o recolhimento, as pessoas jogam sacolas de lixo debaixo de árvores, na frente das casas somado aos mercados que lançam caixas de papelão na rua fora dos horários combinados.

Ao ser questionado quanto à construção de um possível aterro sanitário, o secretário respondeu que o maior impedimento são os recursos econômicos, pois, tanto o planejamento para a realização da obra necessita contar com diversos profissionais como engenheiros e ambientalistas, quanto deve haver despesas com mão de obra, materiais e o transporte de todo o lixo do município que tem área territorial de ⁋ 3.186,382 km, isto posto, demandaria para sua implantação muitos recursos e o município não tem condições econômicas e de infraestrutura para tanto.

Nesta mesma esteira, ao ser questionando pelo plano municipal integrado de resíduos sólidos que é um dos requisitos para o amparo do Governo Federal para a efetivação dos planos, o secretário respondeu que está em fase de confecção, inclusive com audiências públicas pelos povoados do município que também versam sobre o saneamento básico, quando questionado sobre em quantos anos Monte Santo poderia ter um aterro sanitário ele afirmou que daqui a dez anos em uma perspectiva realista sobre a situação atual.

A Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS) também trata do implemento de redes de reciclagem, ao ser questionando quanto a razão de Monte Santo não possuir convênios com empresas de reciclagem o secretário afirmou que, novamente, são os recursos econômicos, principalmente em relação a falta de empresas que aceitem dar uma contrapartida para iniciar os trabalhos, afirmou ainda que há coletas para reciclagem no município, porém, é algo realizado entre particulares e as instituições, catadores que ao ter um volume alto reportam as empresas e estas vem buscar os resíduos.

Ao analisar as informações prestadas, a principal queixa do setor púbico é a falta de recursos, esse é o cerne do impedimento para a efetivação da lei, entretanto, é certo quando se afirma que a falta de planejamento e de interesse dos gestores é notório, sendo isto prevalecente, além da questão cultural da cidade.

Neste mesmo sentido, a sociedade também trata com importância sobre a disposição final dos resíduos, ato contínuo, não gera voto caso o município implante uma política de redução e implemento de um aterro sanitário. Por consequência, o poder público não tem interesse, além disso, as empresas e comércios não adotam recursos para a diminuição de produção de lixo, como o da logística reversa com as empresas que lhes fornecem mercadorias. Infelizmente, é um problema com múltiplas raízes, sendo a pior dela o desinteresse em modificar a realidade ou requerer a aplicação da lei.

Segundo Wendell (2009), o ser humano no início das civilizações tinha estrita relação com a natureza e respeito com a mesma, entretanto com a evolução do capitalismo, o meio ambiente se tornou apenas objeto de uso, consumo ou estética. Desta forma, torna-se preciso resgatar estes valores que ligavam o homem à natureza, de sua importância, traduzida na educação ambiental para uma mudança de paradigma social e preservação ambiental.

5. SOLUÇÕES PARA A EFETIVAÇÃO DOS OBJETIVOS DA LEI DE POLÍTICAS DE RESÍDUOS SÓLIDOS NOS MUNICÍPIOS DO INTERIOR DO SEMIÁRIDO BAIANO

Diante do que foi analisado até este momento, há algumas estratégias que podem ser usadas pelo setor público para efetivar a PNRS, dentre estas, destaca-se as opções abaixo explanadas. O planejamento deve ser a principal estratégia do poder público para a realização das políticas envolvendo os resíduos sólidos, delineando estratégias de aplicação das políticas em longo prazo, o que se verifica é que os gestores não estão preocupados com politicas que possam ser implementadas a longo prazo, mas aquelas que podem ser desenvolvidas no decorrer de seus mandatos como forma de impressionar a população.

No ano de 2018, conforme o portal da transparência do portal do município de Monte Santo, a receita própria do mesmo é de R$ R$ 8.683.041,56 o total das receitas próprias junto com as transferências de recursos é de R$ 112.939.150,70 fica evidenciado que com um bom planejamento que vá além das vontades eleitoreiras dos gestores políticos, há uma forma de fomentar a aplicação da lei, além disso, é necessário que o

plano de gestão integrada de resíduos sólidos seja aprovado em todos os municípios para que ocorra o inicio dos trabalhos.

A educação da população é essencial para a qualidade das políticas públicas a serem desenvolvidas, esta pode ser realizada por meio de palestras nas escolas e conscientização dos alunos em âmbito escolar, além de locais incluídos na assistência social tais como o Centro de Referência de Assistência Familiar (CRAS) e até mesmo a instituição de taxas de coleta de lixo. Além disso, a instalação de lixeiras da coleta, estimular a rotulagem ambiental e o consumo sustentável como afirma o art. 6° XIX da Lei nº 12.305/010 e educação ambiental como expressa o art. 8º VIII da referida lei somada as multas também podem ser um instrumento para que as pessoas não mais lancem sacolas de lixos em locais impróprios.

A logística reversa é outro modo de resolução do problema dos resíduos sólidos, assim como a redução do quantitativo de lixo, não apenas do interior baiano, mas de todo o país, esta forma valoriza os resíduos e dá aos mesmos um novo papel e recoloca-os no mercado de consumo, além de reduzir o uso de matérias primas primárias, movimentando o mercado e criando empregos evitando igualmente a poluição do meio ambiente, como afirma Paulo Roberto Leite (2003), todo produto pode conter um novo valor por meio de cadeias reversas, evitando que o produto após ser utilizado se torne lixo.

As empresas deveriam utilizar a logística reversa em cooperação com os comércios em todas as áreas territoriais brasileiras das quais elas estejam, dentro dos ambientes comerciais deveriam haver pontos de entrega de produtos utilizados que, ao atingir determinada quantidade, seria reenviada para as empresas como forma de reutilização e reciclagem, assim como é realizada com os produtos defeituosos, esta é uma das formas mais eficientes no que se refere ao combate de redução de produção de lixo.

Na concepção de Leite (2003 p. 22):

> [...] como reação aos impactos dos produtos sobre o meio ambiente as sociedades, tem desenvolvido uma série de legislações e novos conceitos de responsabilidade empresarial, de modo a adequar o crescimento econômico às variáveis ambientais

A Lei nº 12.305/2010, em seu art. 3º XII determina a logística reversa como um instrumento econômico de desenvolvimento social e deve estar

presente, tanto no planejamento do poder público, como das empresas no gerenciamento dos seus resíduos e produtos, já que ambos são responsáveis legalmente pela saúde ambiental, como afirma o art. 25 da referida Lei.

As empresas e comércios também devem avaliar os impactos ambientais de seus produtos até mesmo para executar a logística reversa, além de, através da participação da sociedade por meio de órgão colegial para auxiliar na manutenção do controle das políticas de resíduos sólidos como expressa o art.8° XIV da Lei de Política Nacional de Resíduos Sólidos.

Verifica-se que é necessária a ação conjunta do setor público, empresas e população para a efetividade das políticas públicas advindas da lei, entretanto, é preciso também a ação do Ministério Público, como fiscal da Lei e protetor dos direitos individuais como expressa o art. 129 da CRFB/88 para o cumprimento da lei e sua efetivaçã, para que possua força normativa para uma maior proteção ao meio ambiente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil possui uma vasta legislação infraconstitucional referente a proteção do meio ambiente, além disso, a constituição é cristalina ao requerer do poder público e da população um esforço na sua preservação e manutenção para um desenvolvimento sustentável. Neste sentido, a Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS) nasceu com o objetivo de mudar a situação deplorável do país que manchava seus leitos e aquíferos, além de poluir os solos em razão do descarte de resíduos sólidos sem qualquer fiscalização gerando a proliferação de doenças tanto na fauna, quanto na flora e nos seres humanos.

À vista disso, o presente trabalho se propôs ao estudo para buscar a razão das leis ambientais no Brasil com enfoque na PNRS serem ineficazes no país, para isso, utilizou-se a teoria de Lassalle (2006) para afirmar que esta não passava de uma mera folha de papel. Primeiro, ao propor a erradicação de lixões em quatro anos, uma perspectiva fora da realidade, em segundo, quanto aos fatores reais de poder, sendo estes os governantes que não a levam em consideração em seus planos de governo, principalmente pela razão da preservação do meio ambiente não gerar votos, sendo os fatores reais de poder que governam o país, como se verá, tal hipótese foi confirmada por este estudo.

A PNRS é fora da realidade, sendo uma mera folha de papel, em razão de sua utopia em programar que em quatro anos de vigência haveria uma erradicação dos lixões do país, apesar da lei ser bem estruturada e apontar políticas públicas importantes, não levou em consideração que há municípios no país carentes de infraestrutura, recursos financeiros e de um planejamento para tal, como reiterado diversas vezes no trabalho. Além disso, os dados são alarmantes, ainda há 1600 lixões oficiais ativos no país, sendo um número absurdo, ainda mais quando nos deparamos com dados que demostram haver diversos lixões não oficiais, como os demonstrados na cidade de Monte Santo.

Quanto aos fatores reais de poder, sendo atualmente quem ocupa tal posição os governantes, estes não estão interessados em realizar o planejamento que a lei dispõe, verifica-se tal hipótese, primeiro, em relação a Lei nº 14.026/2020 que modificou os prazos para a erradicação de lixões no país, em razão dos objetivos não terem sido alcançados no prazo inicial de quatro anos.

Somado a isso, há um desinteresse por parte dos governantes à exemplo da cidade de Monte Santo, que demostram que apesar das receitas financeiras não serem tão altas, a Lei permite que haja consórcios entre municípios para a criação de um aterro, entretanto os gestores não se movimentam para sua realização, visto que estas ações não angariam votos, e como a Lei não tem força normativa, os mesmos não se veem obrigado à respeita-las, sendo os seus interesses políticos maiores que a efetivação da legislação.

Além disso, a população e as empresas também possuem sua parcela de culpa, como verificado nos dados muitos tem entendimento de como se realiza a separação dos sólidos, mas não o fazem, a maioria das empresas não realizam a logística reversa, na verdade, o que verifica-se é que a coletividades, nos interiores brasileiros não sabem a importância da disposição final correta de resíduos sólidos e por isso é necessário estruturar uma base de ensino e cooperação para a conscientização da população.

Infelizmente, não há no país uma cultura de preservação do meio ambiente, todos os dias, principalmente nos atuais, vemos os ambientalistas sendo atacados até mesmo por aqueles que estão no mais alto escalão do governo, daqueles que deveriam lutar pelos interesses de suas pastas ao combate da degradação ambiental. O que falta para a efetivação é vontade

política, unido a um planejamento e cooperação entre municípios com menos recursos, uma implementação de logística reversa nas empresas, e principalmente educação ambiental da população através de palestras, inclusão do debate em escolas, e até mesmo sansões de cunho administrativo como multas.

Diante disso, pode-se afirmar que até as pessoas se conscientizarem de seu papel como protetores do meio ambiente, os governantes realizarem planejamentos com cooperação em longo prazo e as indústrias levarem a sério a questão da logística reversa, a Política Nacional de Resíduos Sólidos será apenas uma folha de papel nos interiores baianos.

REFERÊNCIAS

BAST, Elaine. **Brasil tem quase 3 mil lixões em 1.600 cidades, diz relatório**. Disponível em https://g1.globo.com/natureza/noticia/2018/09/14/brasil-tem-quase-3-mil-lixoes-em-1600-cidades--diz-relatorio.ghtml. Acesso em: 6 maio 2019.

BENITES, Afonso. BETIM, Felipe. **Ricardo Salles "passa a boiada" e retira a proteção a manguezais e restingas para promover turismo.** Podendo ser encontrado em: https://brasil.elpais.com/brasil/2020-09-28/ricardo-salles-passa-a-boiada-e-retira-a-protecao-a--manguezais-e-restingas-para-promover-turismo.html. Acesso em: 19 dez. 20.

BRASIL. Lei nº 10.257/2001. **Estatuto da Cidade.** Senado Brasileiro. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm. Acesso em 21 mar. 2.

_____. Lei nº 12305/10. **Política Nacional de Resíduos Sólidos**. Senado Brasileiro. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 mar. 21.

_____. Ministério do Meio Ambiente. **Política Nacional de Resíduos Sólidos.** Disponível em http://www.mma.gov.br/pol%C3%ADtica-de-res%C3%ADduos-s%C3%B3lidos. Acesso em: 6 maio 2019.

_____. Senado Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil,** 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 mar. 21.

COSTA, Cristina. **Sociologia**: introdução à ciência da sociedade- 4. ed. São Paulo: Moderna, 2010.

GANDRA, Alana. **Quase metade dos municípios brasileiros ainda despejam resíduos em lixões.** Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-08/quase-metade-dos-municipios-ainda-despeja-residuos-em-lixoes. Acesso em: 19 dez. 2020.

GITEL, Murilo. **Baianos estão desinformados sobre coleta seletiva**. Disponível em https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/baianos-estao-desinformados-sobre-coleta-seletiva/. Acesso em: 20 maio 2019.

GOMES, Laurentino. **1808:** como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a História de Portugal e do Brasil. São Paulo, ed. Planeta do Brasil, 2007.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma constituição.** São Paulo, versão para e-book Copyright, 2006. Disponível em http://bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br/services/e-books/Ferdinand%20Lassalle-1.pdf. Acesso em: 6 maio 2019.

LEITE, Paulo Roberto. **Logística Reversa:** meio ambiente e competitividade. São Paulo. Pearson, 2003.

MONTE SANTO, Lei 010/2006. **Plano Diretor da Cidade de Monte Santo**. Câmara Municipal de Monte Santo. Disponível em http://ba.portaldatransparencia.com.br/prefeitura/montesanto/iframe.cfm?pagina=abreDocumento&arquivo=33E20B518B4B. Acesso em: 21 mar. 21.

MORTARI, Marcos. **De Mariana a Brumadinho: Como a tragédia se repete 3 anos depois e o que mudou de lá para cá?** Disponível em https://www.infomoney.com.br/mercados/politica/noticia/7889005/de-mariana-a-brumadinho-como-a-tragedia-se-

-repete-3-anos-depois-e-o-que-mudou-de-la-para-ca. Acesso em: 20 maio 2019.

RAMOS, Silma Pacheco. **A Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos e a meta de implantação de aterros sanitários no Brasil.** Disponível em http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14280&revista_caderno=5. Acesso em: 6 maio 2019.

SILVA, Yuti. **Na Bahia, 85% dos municípios jogam lixo em aterro irregular.** Disponível em http://atarde.uol.com.br/bahia/salvador/noticias/1806890-na-bahia-85-dos-municipios-jogam-lixo-em--aterro-irregular. Acesso em: 20 maio 2019.

TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DA BAHIA. **Monte Santo**. Disponível em https://www.tcm.ba.gov.br/municipio-post/monte-santo/. Acesso em: 13 maio 2019.

WENDEL, Henrique. **O direito a natureza na cidade.** Salvador: EDUFBA, 2009.

ASPECTOS CONTROVERTIDOS DO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

Willian Alves de Souza[9]

INTRODUÇÃO

O presente trabalho é fruto de pesquisa doutrinária e jurisprudencial, com o objetivo central de demonstrar alguns aspectos controvertidos a respeito do Mandado de Segurança coletivo. Para seu desenvolvimento, optou-se pela utilização do método teórico e o método lógico-dedutivo, somado a um procedimento técnico de pesquisa bibliográfica em livros, documentos eletrônicos e Jurisprudência dos Tribunais Superiores, com objetivo exploratório e abordagem qualitativa.

Inicialmente, trabalha-se a evolução histórica do Mandado de Segurança no ordenamento jurídico pátrio para, então, discutir se o inciso LXX do art. 5º da CF/88 criou um instituto novo ou se seria o mesmo Mandado de Segurança tradicional com a possibilidade de impetração por outros legitimados. Posteriormente, estuda-se o objeto do Mandado de Segurança coletivo com a finalidade de demonstrar as espécies de interesses tuteláveis pelo *Writ* coletivo.

9 Mestrando em Ciência Jurídica. Especialista em Direito Civil, Processual Civil e do Trabalho. Especialista em Direito Público. Especialista em Direito, Compliance e Gestão de Riscos. Graduado em Direito. Advogado Público.

Adiante, aborda-se a legitimidade ativa do *Mandamus* coletivo, analisando o rol de legitimados do art. 5º, LXX, da CF/88 e do *caput* do art. 21 da Lei nº 12.016/2009 para, então, concluir se ele é taxativo ou exemplificativo. Em seguida, trabalha-se a (des)necessidade de comprovação da pertinência temática (finalidade partidária) para a impetração do Mandado de Segurança pelos Partidos Políticos. Continuando, estuda-se a limitação subjetiva para a atuação dos Partidos Políticos e, ainda, a limitação espacial da representação partidária para a impetração do Mandado de Segurança coletivo.

Posteriormente, far-se-á uma abordagem sobre a legitimidade passiva do Mandado de Segurança, ou seja, analisar-se-á se o legitimado passivo no Mandado de Segurança coletivo é apenas a autoridade coatora, apenas a pessoa jurídica, ou ambos em litisconsórcio passivo necessário. Por fim, será discutido como deve ser a postura do Poder Judiciário quando o impetrante faz a indicação incorreta da autoridade coatora na petição inicial do Mandado de Segurança.

Assim, sem ter a pretensão de exaurir as discussões travadas acerca do Mandado de Segurança coletivo, este singelo trabalho busca apontar alguns pontos controvertidos sobre o instituto, trazendo alguns posicionamentos doutrinários e jurisprudências no ensejo de auxiliar o leitor a alcançar uma conclusão que melhor se adeque à interpretação do Texto Constitucional de 1988 e à intenção do legislador ordinário quando da elaboração da Lei nº 12.106/2009.

1. BREVE HISTÓRICO DO MANDADO DE SEGURANÇA

O Mandado de Segurança surgiu, inicialmente, para fortalecer direitos subjetivos individuais, sociais e, posteriormente, foi estendido para a defesa de interesses coletivos. O *Writ* foi introduzido em nosso ordenamento jurídico com a Constituição de 1934, sendo um instrumento de garantia dos direitos subjetivos individuais. A Constituição de 1937 nada mencionou sobre o Mandado de Segurança. Por sua vez, a Constituição de 1946 voltou a tratar expressamente do Mandado de Segurança, sendo que no ano de 1951 foi editada a Lei nº 1.544 para regular o Mandado de Segurança individual.

As Constituições de 1967 e de 1969, em que pese terem sido marcadas pelo Regime Militar, mantiveram o *Writ* para garantir direito líquido e certo. A Constituição Federal de 1988 também manteve a previsão expressa do Mandado de Segurança individual no art. 5º, LXIX e, indo um pouco mais além, também trouxe previsão expressa sobre o Mandado de Segurança coletivo no art. 5º, LXX. Em 2009, foi editada a Lei nº 12.016, para disciplinar o Mandado de Segurança individual e coletivo.

Nesse cenário, o primeiro ponto controvertido que aflora sobre o Mandado de Segurança coletivo diz respeito ao seu surgimento. Assim, deve-se fazer a seguinte indagação: o inciso LXX do art. 5º da CF/88 criou um instituto novo ou seria o mesmo Mandado de Segurança tradicional com a possibilidade de ser impetrado por outros legitimados? Duas correntes doutrinárias divergem sobre o assunto, conforme passa-se a expor.

Uma primeira corrente, capitaneada, dentre vários autores, por Nelson Nery Junior (1990, p. 150), entende que o Mandado de Segurança coletivo seria o "mesmo Mandado de Segurança do inciso LXIX do art. 5º da CF de 1988". Assim, para essa corrente, apenas foi criada, ao lado do Mandado de Segurança tradicional, outra "hipótese de legitimação para a causa", razão pela qual os requisitos para sua concessão continuam os mesmos do art. 5º, LXIX, da CF/88. No mesmo sentido, Athos Gusmão Carneiro (2009) e Cássio Scarpinella Bueno (2010).

Por sua vez, uma segunda corrente doutrinária, que tem, dentre seus expoentes, Alfredo Buzaid (1989, p. 4), afirma que o Mandado de Segurança coletivo é um instituto novo no ordenamento pátrio, e que, entre o individual e o coletivo, há pontos comuns (p. ex., são garantias constitucionais, tutelam direito líquido e certo) e discrepantes (p. ex., legitimidade ativa, o objeto e a natureza do direito ou do interesse tutelado). No mesmo sentido, Hermes Zaneti Junior (2013, p. 67-68) entende que o Mandado de Segurança coletivo não é espécie de Mandado de Segurança individual, pois aquele tem raízes no processo coletivo, o que o distingue da natureza deste. No mesmo sentido é o posicionamento de Bellinetti (2009).

2. OBJETO DO MANDADO DE SEGURAÇA COLETIVO

Um segundo ponto controvertido que surgiu após a vigência da Constituição Federal de 1988 diz respeito ao objeto do *Mandamus* co-

letivo. Assim, para firmar as premissas básicas deste estudo, importante responder a seguinte pergunta: quais interesses podem ser tutelados pelo Mandado de Segurança coletivo? Este ponto também gera controvérsia entre os estudiosos do assunto, conforme passa-se a expor.

Uma primeira corrente, defendida, entre outros, por Calmon de Passos (1995, p. 69-70) e Cassio Scarpinella Bueno (1996, p. 92 a 151), faz uma interpretação excessivamente restritiva do Mandado de Segurança coletivo, entendendo que este instrumento só poderia ser utilizado para tutelar direitos subjetivos individuais, ainda que em conjunto, por meio da substituição processual. Sendo assim, em relação à coisa julgada, aplica-se as regras do Código de Processo Civil.

Já uma segunda corrente doutrinária, defendida, entre outros, por José Afonso da Silva (2020, p. 462-464), Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2018, p. 283-286), adota uma visão ampliativa do Mandado de Segurança coletivo, entendendo que este instrumento pode ser utilizado para tutelar direitos coletivos *lato sensu* e, segundo José Afonso da Silva (2020, p. 462-464), até mesmo direitos subjetivos individuais.

Por fim, uma terceira corrente, defendida, entre outros, por Hugo Nigro Mazzilli (2010, p. 151), adota uma posição intermediária, entendendo que o Mandado de Segurança coletivo deve ser utilizado para tutelar apenas os direitos coletivos *lato sensu*, excluindo-se a possibilidade de tutela de direitos subjetivos individuais. Ocorre que o entendimento defendido por essa terceira corrente doutrinária gera outro ponto controvertido em relação ao objeto do Mandado de Segurança coletivo, vejamos: O mandado de Segurança coletivo pode ser impetrado para tutelar todas as espécies de interesses coletivos *lato sensu*?

Um primeiro grupo de doutrinadores, capitaneado por Hugo Nigro Mazzilli (2010, p. 151), Cassio Scarpinella Bueno (2010, p. 166-173) e Hermes Zaneti Junior (2013, p. 95-100), entende que o Mandado de Segurança coletivo pode ser impetrado para defender todas as espécies de interesses transindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos).

Por sua vez, outro grupo de doutrinadores, como Fábio Caldas de Araújo e José Miguel Garcia Medina (2009, p. 208) e Luiz Fernando Bellinetti (2009. p. 9604-9621), entende que o Mandado de Segurança coletivo pode ser impetrado para defender apenas os interesses coletivos

stricto sensu e individuais homogêneos, mas não pode proteger direitos difusos. Esse posicionamento foi reforçado pela Lei nº 12.016/2009 que, nos incisos do parágrafo único do art. 21, fez menção apenas aos interesses coletivos *stricto sensu* e aos individuais homogêneos, não se reportando aos interesses difusos.

Restringindo ainda mais o objeto, Bellinetti (2009) defende que nem todos os interesses coletivos *stricto sensu* podem ser tutelados pelo Mandado de Segurança coletivo, mas somente aqueles derivados de relações jurídica base prévia entre os membros do grupo. Assim, as hipóteses derivadas de relação jurídica base entre os membros do grupo e a parte contrária não podem ser tuteladas pelo *Mandamus* coletivo, devendo-se buscar outra via adequada.

> Vê-se, assim, já, que não são todos e quaisquer interesses coletivos *stricto sensu* que, possivelmente, sejam comuns a mais de um membro do grupo que podem dar ensejo à propositura de mandado de segurança coletivo.
>
> É necessário, desta forma, pela própria natureza do instituto, que o interesse coletivo *stricto sensu* diga respeito à relação jurídica base estabelecida, naturalmente, entre os membros do grupo – excluídos os casos em que acidentalmente houver mais de um membro do grupo ligado a uma relação jurídica estabelecida com a parte contrária, de forma completamente estranha aos interesses do grupo, hipótese na qual a tutela de tais direitos deverá se dar pela via adequada, que certamente não é a do mandado de segurança coletivo (BELLINETTI, 2009, p. 9614).

Em relação aos interesses individuais homogêneos, aplica-se o mesmo raciocínio dos interesses coletivos *stricto sensu*, pois os sujeitos são determinados e, ainda estão ligados entre si por uma relação jurídica base posterior.

Frise-se que esse raciocínio não tem o condão de retirar a proteção dos interesses difusos. Pois em que pese não ser possível sua proteção pelo Mandado de Segurança coletivo, o microssistema processual coletivo oferece outras Ações Coletivas com objeto mais amplo para tutelar tais interesses, como é o caso da Ação Civil Pública e da Ação Popular.

3. LEGITIMIDADE ATIVA DO MANDADO DE SEGURAÇA COLETIVO

De acordo com o art. 5º, LXX, da CF/88, o Mandado de Segurança coletivo pode ser impetrado por Partido Político com representação no Congresso Nacional, Organização Sindical, Entidade de Classe ou Associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados. Além disso, o *caput* do art. 21 da Lei nº 12.016/2009 repetiu os mesmos legitimados trazidos pelo art. 5º, LXX, da CF/88. Nota-se, portanto, que ficaram de fora do rol de legitimados ativos o Ministério Público, a Defensoria Pública, os Entes federativos e os Entes da Administração Pública indireta.

No que tange à legitimidade ativa para a impetração do Mandado de Segurança coletivo, o ponto controvertido que surge é o seguinte: o rol de legitimados do art. 5º, LXX, da CF/88 e do *caput* do art. 21 da Lei nº 12.016/2009 é taxativo ou admite-se que outros legitimados possam impetrar o Mandado de Segurança coletivo?

Uma primeira corrente entende tratar-se de rol taxativo. Defendem esse entendimento, entre outros, Alexandre Freitas Câmara (2014, p. 384-385), Hely Lopes Meirelles (2010, p. 163) e Fernando da Fonseca Gajardoni (2009. p. 102-103). Para esta corrente doutrinária, por tratar-se de legitimidade extraordinária e, em razão desta modalidade de legitimidade exigir autorização legal, somente aqueles a quem a Lei conferiu tal autorização podem impetrar Mandado de Segurança coletivo.

Por sua vez, uma segunda corrente doutrinária entende que o rol de legitimados ativos do Mandado de Segurança coletivo é exemplificativo. Defendem este posicionamento, dentre outros, Cassio Scarpinella Bueno (2009, p. 42-43), Hermes Zaneti Junior (2013, p. 182-185) e Eduardo Cambi (2008, p. 131). Assim, como a Ação Civil Pública e as demais Ações Coletivas podem ser propostas por uma série de legitimados, "não existe coerência lógica em se permitir a propositura de demandas coletivas de amplíssima abrangência para parte dos legitimados e vedar a via do *Mandamus* coletivo para os restantes, sob pena de desprestigiar a máxima proteção daqueles direitos" (CAMBI, 2008, p. 131). Então, com base no posicionamento defendido por esta segunda corrente, há quem defenda a legitimidade do Ministério Público para a impetração de Mandado de

Segurança coletivo. Para tanto, utiliza-se, como argumento, o fato de o art. 127, *caput* c/c o art. 129, III, ambos da CF/88 terem legitimado o Ministério Público para a defesa de interesses difusos, coletivos, sociais e individuais indisponíveis.

Sobre a legitimidade do Ministério Público para a impetração de Mandado de Segurança coletivo, no julgamento do RE nº 631.111/GO, o Supremo Tribunal Federal se manifestou, *obter dictum*, nos seguintes termos:

> [...]. A legitimação por substituição processual seria admitida apenas como exceção. Contudo, pontuou que, no sistema vigente, há tendência de expansão das hipóteses de substituição processual, notadamente com o intuito de viabilizar a tutela coletiva. A Constituição, que consagra essa técnica para a tutela de direitos difusos e coletivos (art. 129, III), adota-a também para direitos individuais, seja pela via do Mandado de Segurança coletivo, seja pela via de procedimentos comuns, para a tutela de outras espécies de direitos lesados ou ameaçados. Nesse contexto, estaria inserida a legitimação do Ministério Público, a quem a lei já conferira o poder-dever de oficiar, como custos legis, em todas as causas nas quais houvesse interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte (CPC, art. 82, III), e a quem a Constituição atribui a incumbência de defender interesses sociais (art. 127) (STF, 2014).

Diante do exposto, o posicionamento mais coerente parece ser aquele que defendido pela primeira corrente doutrinária, que entende ser taxativo o rol de legitimados ativos para a impetração do Mandado de Segurança coletivo. Esta conclusão se extrai do texto da própria Constituição Federal que, em seu art. 5º, LXX, listou aqueles a quem entendeu-se por bem ser o legitimado adequado para a propositura do *Mandamus* coletivo. Assim, caso o constituinte originário tivesse a intenção de que outros legitimados pudessem impetrar Mandado de Segurança coletivo, também os teria mencionado de forma expressa. Da mesma forma, a Lei nº 12.016/2009 repetiu os mesmos legitimados ativos previstos na Constituição Federal de 1988, o que reforça este entendimento de taxatividade do rol.

4. NECESSIDADE DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA PARA A ATUAÇÃO DOS PARTIDOS POLÍTICOS

De acordo com o art. 5º, LXX, da CF/88 e o *caput* do art. 21 da Lei nº 12.016/2009, os legitimados ativos para o Mandado de Segurança coletivo são: Partido Político com representação no Congresso Nacional, Organização Sindical, Entidade de Classe ou Associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

A Constituição Federal de 1988 não limita o objeto de defesa pelos Partidos Políticos no Mandado de Segurança coletivo. Porém, o *caput* do art. 21 da Lei nº 12.016/2009 limitou o objeto de defesa dos Partidos Políticos, dizendo que só é possível impetrar Mandado de Segurança coletivo para a defesa de seus filiados ou que tenha relação com a finalidade partidária. Diante disso, o ponto controvertido traduz-se na seguinte indagação: Os Partidos Políticos precisam comprovar a pertinência temática (finalidade partidária) para impetrar Mandado de segurança Coletivo?

Uma primeira corrente, ampliativa, defendida por Ada Pellegrini Grinover (1990, p. 76), entende que, como a Constituição Federal de 1988 não limita o objeto de defesa pelos Partidos Políticos no Mandado de Segurança coletivo, ele poderia atuar em qualquer assunto de interesse nacional, ou seja, o Partido Político teria uma legitimação ampla para defender qualquer interesse coletivo, ainda que não relacionado às finalidades partidárias. Sendo assim, o *caput* do art. 21 da Lei nº 12.016/2009 seria inconstitucional.

Por sua vez, uma segunda corrente, defendida, dentre outros, por Luiz Fernando Bellinetti (2009, p. 9604-9621), entende que os Partidos Políticos só podem impetrar Mandado de Segurança coletivo quando o objeto estiver relacionado às finalidades partidárias.

> Em primeiro lugar, em que pese a possibilidade de persistência de algumas vozes dissonantes, é de se afirmar a necessidade de que os interesses coletivos *lato sensu* digam respeito aos fins do ente legitimado à propositura do mandado de segurança coletivo, sob pena de completo desvio de finalidade do instituto. [...].

> Assim, resta evidente a constatação de que somente poderão dar ensejo a mandado de segurança coletivo, aqueles interesses coletivos *lato sensu* que se mostrarem pertinentes às finalidades institucionais do respectivo ente legitimado (BELLINETTI; ANTUNES, 2009, p. 9612-9613)

Inclusive, o posicionamento defendido pela segunda corrente, que exige a pertinência temática, já foi adotado pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 196.184/AM, ocasião em que entendeu-se que "[...]. O partido político não está, pois, autorizado a valer-se do mandado de segurança coletivo para, substituindo todos os cidadãos na defesa de interesses individuais, impugnar majoração de tributo".[10] Dessa forma, percebe-se que, neste ponto, a segunda corrente doutrinária parece seguir uma linha teórica mais coerente em sua tese, ao adotar que os Partidos Políticos só podem impetrar Mandado de Segurança coletivo para defender os interesses que se mostrem pertinentes às suas finalidades institucionais, vedando-se a impetração do *Mandamus* coletivo para defender todo e qualquer interesse

Além disso, também é possível concluir que, em relação aos demais legitimados (Organização Sindical, Entidade de Classe ou Associação), também é necessário a comprovação das suas finalidades institucionais, uma vez que a Constituição Federal de 1988 prevê que somente poderão atuar em defesa dos interesses de seus membros ou associados, ou seja, se tais Entes devem defender os interesses apenas de seus membros, infere-se que é necessário comprovar as suas finalidades institucionais.

5. LIMITAÇÃO SUBJETIVA PARA A ATUAÇÃO DO PARTIDO POLÍTICO

O *caput* do art. 21 da Lei nº 12.016/2009 diz que só é possível aos Partidos Políticos impetrarem Mandado de Segurança coletivo na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes. Assim, diante da redação do referido dispositivo, surge o seguinte questionamento: Os Partidos Políticos podem impetrar Mandado de Segurança coletivo em

10 STF. RE nº 196.184/AM. 1ª Turma. Rel.: Min. Ellen Gracie, julg. em 27/10/2004, pub. no DJ em 18 fev. 2005.

proveito apenas de seus filiados ou podem tutelar a coletividade amplamente considerada?

Uma primeira corrente, restritiva, defendida por Hely Lopes Meirelles, Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes (2010, p.136-137) entende que os Partidos Políticos podem impetrar Mandado de Segurança coletivo apenas em favor dos seus filiados. Esta corrente entende que o *caput* do art. 21 da Lei nº 12.016/2009 objetivou limitar o âmbito de atuação dos Partidos Políticos apenas em favor de seus filiados. Por sua vez, uma segunda corrente, ampliativa, defendida, dentre outros, Cassio Scarpinella Bueno (2010, p. 160-163) e Hermes Zaneti Junior (2013, p. 143-157), entende não haver limitação subjetiva à legitimação dos Partidos Políticos, de modo que a agremiação estará legitimada para a tutela de direitos da coletividade, amplamente considerada, e não apenas de seus filiados.

Essa segunda corrente parece defender um posicionamento mais coerente e lógico. Tanto é assim que, para seus adeptos, a confusão entre os limites subjetivos foi causada pela má redação do *caput* do art. 21 da Lei 12.016/2009 que, sem qualquer necessidade, resolveu deixar claro o que já era óbvio, ou seja, que o Partido Político também poderá impetrar Mandado de Segurança coletivo para tutela de direitos de seus filiados. Complementando, Câmara (2014, p. 368-369) entende que a amplitude dos objetivos das agremiações é tamanha que não seria razoável que o Partido buscasse o benefício exclusivo dos interesses dos seus próprios filiados.

6. LIMITE ESPACIAL DA REPRESENTAÇÃO PARTIDÁRIA

Tanto o inciso LXX do art. 5º da Constituição Federal de 1988 quanto o *caput* do art. 21 da lei nº 12.016/2009 dizem que o Mandado de Segurança coletivo pode ser impetrado por Partido Político com representação no Congresso Nacional. Diante desta situação, surge outro ponto controvertido: os Partidos Políticos com representação exclusiva nas Assembleias Legislativas ou nas Câmara Municipais podem impetrar o *Mandamus* coletivo?

Uma primeira corrente defendida por Rogério Favreto e Luiz Manoel Gomes Junior (2012, p. 218) e Alexandre Freitas Câmara (2014, p. 370-371) entende que os Partidos Políticos com representação exclusiva nas Assembleias Legislativas ou nas Câmara Municipais também podem

impetrar o Mandado de Segurança coletivo. Para essa corrente, se a legitimação do Partido Político se restringir à representação no Congresso Nacional, as diferentes realidades entre os Entes federativos seriam simplesmente ignoradas. Por sua vez, uma segunda corrente defendida por Hermes Zaneti Júnior (2013, p. 145-146) e Humberto Theodoro Júnior (2014, p. 383) entende que somente os Partidos Políticos com representação no Congresso Nacional podem impetrar o Mandado de Segurança coletivo, ou seja, a representação exclusiva nas Assembleias Legislativas ou nas Câmara Municipais não outorga a legitimidade ao Partido Político para a impetração do *Mandamus* coletivo.

7. LEGITIMIDADE PASSIVA DO MANDADO DE SEGURANÇA

Nos termos do art. 6º da Lei nº 12.016/2009, o impetrante deve indicar na petição inicial, além da autoridade coatora, a pessoa jurídica que esta integra, à qual se acha vinculada ou da qual exerce atribuições. Percebe-se que a Lei do Mandado de Segurança faz referência tanto à autoridade coatora quanto à pessoa jurídica. Diante da redação do art. 6º da Lei nº 12.016/2009, a controvérsia gira em torno da seguinte indagação: o legitimado passivo no Mandado de Segurança coletivo é apenas a autoridade coatora, apenas a pessoa jurídica, ou ambos em litisconsórcio passivo necessário?

Uma primeira corrente, defendida por Helly Lopes Meirelles (2010), que teve sua obra atualizada por Arnoldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, e Cassio Scarpinella Bueno (2010), entende que haverá litisconsórcio passivo necessário entre a autoridade coatora e a pessoa jurídica a que ela pertence. Segundo Meirelles (2010), a autoridade coatora será sempre parte na causa, e, como tal, deverá prestar e subscrever pessoalmente as informações (que também pode estar conjuntamente subscrita por advogado), atender às requisições do juízo e cumprir o determinado em caráter liminar ou na sentença. Já a pessoa jurídica suportará os efeitos da condenação. Além disso, essa corrente entende que, de acordo com a Lei, a petição inicial deve indicar, "além" da autoridade coatora, a pessoa jurídica a que ela pertence, ou seja, a expressão "além", nesse contexto, da ideia de adição, significando que é preciso indicar ambas no polo passivo, razão pela

qual, para Cassio Scarpinella Bueno (2010), trata-se de um litisconsórcio por força de Lei.

Já uma segunda corrente, adotada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp nº 753.423/BA[11] e do REsp nº 1.632.302/SC[12], entende que o réu do Mandado de Segurança deve ser a autoridade coatora. Para o Superior Tribunal de Justiça, "nos termos da Lei nº 12.016/2009, para o polo passivo do mandado de segurança deve ser indicada a autoridade que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática". Assim, "não há litisconsórcio passivo necessário, em Mandado de Segurança, entre a autoridade apontada como coatora e o ente federado ou entidade de direito público ao qual é vinculada, porquanto aquela atua como substituto processual".

Por fim, uma terceira corrente, defendida, entre outros, por José Miguel Garcia Media (2009), Mauro Luís Rocha Lopes (2009) e Rodrigo Klipel (2010), entende que o réu do Mandado de Segurança é a pessoa jurídica. Para Mauro Luís Rocha Lopes (2009), a pessoa jurídica figura como ré, mas cabe à autoridade coatora prestar informações na defesa do ato impugnado, podendo o órgão de representação judicial apresentar, paralelamente, defesa técnica. Por sua vez, Medina (2009) entende que as informações prestadas pela autoridade coatora funcionam como verdadeira contestação, sendo desejável que seja elaborada pelo representante processual da pessoa jurídica.

Em que pese a divergência travada pela Doutrina, o posicionamento aparentemente mais coerente é aquele defendido pela primeira corrente, que adota o entendimento de que há um litisconsórcio passivo necessário entre a autoridade coatora e a pessoa jurídica. Inclusive, tal entendimento é reforçado pela redação do art. 6º da Lei nº 12.016/2009, ao dizer que tanto a autoridade coatora quanto a pessoa jurídica devem ser indicadas como impetrados (réus) no Mandado de Segurança, formando um litisconsórcio passivo necessário.

11 STJ. REsp nº 753.423/BA. 5ª Turma. Rel.: Min. Laurita Vaz, julg. em 26/05/2009, pub. no DJe em 03/08/2009.

12 STJ. REsp nº 1.632.302/SC. 1ª Turma. Rel.: Min. Gurgel de Faria, julg. em 03/09/2019, pub. no DJe em 24/09/2019.

8. INDICAÇÃO ERRÔNEA DA AUTORIDADE COATORA

A definição da autoridade coatora no Mandado de Segurança é fundamental para a fixação da competência para o julgamento da ação. De acordo com o §3º do art. 6º, da Lei nº 12.016/2009, autoridade coatora é tanto quem pratica como quem ordena a prática do ato atacado.

No que tange à autoridade coatora, o ponto controvertido surge a partir do seguinte questionamento: o que o juiz deverá fazer se o impetrante indicar incorretamente a autoridade coatora na petição inicial do Mandado de Segurança? Nesse ponto, o próprio Superior Tribunal de Justiça tem posicionamento divergente sobre o assunto, senão vejamos.

A 1ª Turma do STJ já entendeu que, havendo erro na indicação da autoridade coatora, o Juiz deve extinguir o processo sem julgamento do mérito, pela ausência de uma das condições da ação, sendo vedada a substituição do polo passivo da relação processual.

> Em sede de mandado de segurança, "a autoridade coatora é aquela que ordena a prática do ato impugnado ou se abstém de realizá-lo. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou entendimento no sentido de que, havendo erro na indicação da autoridade coatora, deve o juiz extinguir o processo sem julgamento do mérito, pela ausência de uma das condições da ação, sendo vedada a substituição do polo passivo da relação processual" (AgRg no Ag 428.178/MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ de 20/6/2005).[13]

Por sua vez, a 4ª Turma do STJ já entendeu que, nos casos de equívoco facilmente perceptível na indicação da autoridade coatora, o Juiz pode autorizar a emenda da petição inicial ou determinar a notificação da autoridade adequada para prestar informações, desde que seja possível identificá-la pela simples leitura da petição inicial e exame da documentação anexada.

13 STJ. AgRg no AREsp nº 188.954/MG, 1ª Turma. Rel.: Min. Benedito Gonçalves, julg. em 18/12/2012, pub. no DJe em 04/02/2013.

> O art. 6º, § 3º, da Lei 12.016/2009 permite ao julgador, pela análise do ato impugnado na exordial, identificar corretamente o impetrado no mandado se segurança, não ficando restrito à eventual literalidade de equivocada indicação. Desde que, pela leitura da inicial e exame da documentação anexada, seja viável a identificação correta da autoridade responsável pelo ato impugnado no *Writ*, nada obsta que o julgador determine que a notificação seja adequadamente direcionada ou que possibilite ao impetrante oportunidade para emendar a inicial, sanando a falha, corrigindo-se, nessas hipóteses, equívoco facilmente perceptível. [14]

Após a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil que traz, dentre suas normas fundamentais, o dever de cooperação e a primazia pelo julgamento de mérito, tem-se que a posição adotada pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça parece ser mais coerente. O próprio art. 6º do CPC traz a regra de que "todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva". Já o *caput* do art. 321 do CPC diz que se o juiz verificar que a petição inicial apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor a emende ou a complete no prazo de 15 dias, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado. Assim, para que o mérito do Mandado de Segurança coletivo seja julgado e o interesse transindividual seja satisfeito, o ideal é que o juiz possibilite a correção da autoridade coatora, conforme entendimento adotado pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça.

CONCLUSÃO

No que se refere ao Mandado de Segurança coletivo como instrumento de defesa de interesses transindividuais, percebe-se que o instituto apresenta diversos aspectos controvertidos, tanto na Doutrina quanto na Jurisprudência dos Tribunais Superiores.

É possível perceber que todas as controvérsias apontadas neste trabalho deve-se, principalmente, ao fato de que a regulamentação consti-

14 STJ. RMS nº 45.495/SP, 4ª Turma. Rel.: Min. Raul Araújo, julg. em 26/08/2014, pub. no DJe em 20/10/2014.

tucional e legal foi tímida e restritiva, ou seja, o constituinte originário e o legislador ordinário perderam a oportunidade de detalhar com lógica e coerência sobre as regras a serem adotadas em um instrumento de tamanha importância no sistema de tutela dos direitos no Brasil, sobretudo em relação às demandas de defesa dos interesses coletivos que devem, por razões que saltam aos olhos, receber um regramento amplo e adequado.

Assim, através deste singelo trabalho, verifica-se a necessidade urgente da instituição de um verdadeiro sistema de proteção aos interesses transindividuais, mais especificamente, da elaboração de um Código de Processo Coletivo que possibilite a utilização do Mandado de Segurança coletivo juntamente com outros instrumentos capazes de tutelar tais interesses, com a amplitude que o instrumento requer, pois só assim será possível pensar em uma prestação jurisdicional eficiente dos interesses transindividuais.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 22 ed. São Paulo: Verbatim, 2018.

BELLINETTI, Luiz Fernando; ANTUNES Thiago Caversan. **Abrangência do mandado de segurança coletivo**. XVIII Congresso Nacional do CONPEDI. São Paulo-SP, 2009.

BRASIL. **Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009**. Brasília-DF: Presidência da República, 2009.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Brasília-DF: Presidência da República, 2015.

_____. Senado Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília-DF, 1988.

_____. **Supremo Tribunal Federal**, RE nº 631.111/GO, Tribunal Pleno. Rel.: Min. Teori Albino Zavascki, julg. em 07/08/2014, pub. DJe em 30/10/2014. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur282426/false. Acesso em: 19 mar. 2021.

BUENO, Cassio Scarpinella. **A nova lei do mandado de segurança.** Comentários sistemáticos à Lei n° 12.016/09. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____, Cassio Scarpinella. As *Class Actions* do Direito Norte-Americano e as Ações Coletivas Brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. **Revista de Processo**, v. 82. São Paulo: RT, 1996.

_____, Cássio Scarpinella. **Mandado de segurança**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BUZAID, Alfredo. **Do mandado de segurança:** do mandado de segurança individual. São Paulo: Saraiva, 1989, v. I.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Manual do mandado de segurança**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CAMBI, Eduardo; HAAS, Adriane. Legitimidade do Ministério Público para impetrar mandado de segurança coletivo. **Revista de Processo**, ano 37, v. 203, jan. 2008.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Anotações sobre o mandado de segurança coletivo. **Revista de Processo**, n. 178. São Paulo: RT, 2009.

FAVRETO, Rogério; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. **Comentário à lei do mandado de segurança**. 3. ed. São Paulo: RT, 2012.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; SILVA, Márcio Henrique Mendes; FERREIRA, Olavo A. Vianna Alves. **Comentários à nova lei de mandado de segurança**. São Paulo: Método, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Mandado de Segurança Coletivo: Legitimação, objeto e coisa julgada. **Revista de Processo**, ano 15, n. 58, abr-jun de 1990.

KLIPPEL, Rodrigo; NEFFA JUNIOR, José Antonio. **Comentários à lei de mandado de segurança – Lei 12.016/09**: Artigo por Artigo. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

LOPES, Mauro Luís Rocha. **Comentários à nova lei do mandado de segurança**. Niterói: Impetus, 2009.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. **Mandado de segurança individual e coletivo:** comentários à Lei 12.016/2009, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

NERY JÚNIOR, Nelson. Mandado de segurança coletivo. **Revista de Processo**. São Paulo, ano 15, n. 57, jan-mar de 1990.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Mandado de segurança, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, "habeas data"**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 43 ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Lei do mandado de segurança comentada artigo por artigo**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ZANETI JR, Hermes. **O "novo" mandado de segurança coletivo**. Salvador: JusPodivm, 2013.

A FORÇA DOS "PRECEDENTES" JUDICIAIS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: O SISTEMA DELIBERATIVO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES E A APLICAÇÃO DA FUNÇÃO NOMOFILÁCICA COM REPERCUSSÕES NA (IN)SEGURANÇA JURÍDICA

Tamires Cristina Jacinto de Lima[15]

INTRODUÇÃO

É clarividente o posicionamento do legislador e dos Tribunais Superiores em tentar uniformizar a jurisprudência. Partindo desse pressuposto, a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, Código de Processo Civil (CPC), proporcionou ao "precedente" judicial força e eficácia vinculantes que requerem muita cautela na utilização. Todavia, a jurisprudência dos Tribunais Superiores, muitas vezes não obedece à função nomofilácica. Como corolário disso, tem-se diversos problemas, dentre eles a instabilidade jurisprudencial, bem como violação ao princípio da segurança jurídica.

15 Graduada em Direito pelo Centro Universitário Tabosa de Almeida (ASCES-UNITA). Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio de Jesus.

Justifica-se o tema pela necessidade de análise da tentativa de uniformização das decisões judiciais, bem como da utilização dos precedentes judiciais obrigatórios, cujas teses são fixadas pelos Tribunais Superiores, sendo função dos magistrados apenas aplicar as decisões. Objetiva-se analisar as alterações do CPC, no que tange aos precedentes judiciais, a fim de verificar a efetividade da função nomofilácica, bem como repercussões na (in)segurança jurídica, diante do sistema deliberativo dos Tribunais Superiores, investigando se o sistema de precedentes judiciais é um mecanismo processual capaz de proporcionar segurança jurídica às decisões judiciais.

Utilizou-se o método hipotético-dedutivo, a partir da análise dos precedentes judiciais de origem do sistema commom law e sua aplicação no direito brasileiro, diante do sistema deliberativo das Cortes Superiores.

O artigo foi dividido em cinco partes. A primeira traz uma abordagem geral com breve análise dos sistemas do *commom law* e do *civil law*; a segunda aborda os precedentes, decorrentes do sistema do *commom law,* e suas consequências para o direito brasileiro; a terceira trata da aplicação dos precedentes no CPC, pela análise do sistema deliberativo dos Tribunais Superiores; a quarta diz respeito à função nomofilácica e à necessidade de sua efetivação nas decisões judiciais; por fim, a quinta traz essas repercussões na (in)segurança jurídica, averiguando-se a possível efetivação ou violação desse princípio constitucional.

1. DOS SISTEMAS *COMMOM LAW* E *CIVIL LAW*

O direito surge a partir dos conflitos criados pelo homem, dando origem às normas jurídicas. O direito em si apresenta várias lacunas, pois não existe um sistema suficiente para cobrir todos os comportamentos humanos, acarretando aplicação de diferentes fontes de direito.

Diante disso, surge o direito, que se expressa por meio de uma estrutura normativa, costumes jurídicos e sociais, fontes negociais, doutrina, princípios etc. Não há uma uniformidade acerca da fonte de direito que deve prevalecer em cada país, cada um aplica a fonte que entende devida, conforme as circunstâncias histórico-sociais. Uma dessas fontes será primária e as demais secundárias, como vemos no *commom law* e no *civil law*.

O *commom law* possui origem anglo-saxônica e é baseado em decisões anteriores fundamentadas de acordo com os costumes sociais, o que

deu origem aos precedentes. Nele o julgador atua dando origem à norma jurídica, pois a decisão julgada naquele caso concreto servirá de base para decisões futuras. Nesse sentido, "o direito se revela muito mais pelos usos e costumes e pela jurisdição do que pelo trabalho abstrato e genérico dos parlamentos" (REALE, 2002, p. 142). Apesar disso, as normas consuetudinárias possuem validade e eficácia, como se fossem leis. Seus requisitos são uso continuado e obrigatoriedade, o que se diferencia do simples costume. Assim, quando o magistrado reconhece que tal conduta social é duradoura e possui motivação jurídica, pode conferir-lhe validade e obrigatoriedade.

O *civil law*, em contrapartida, é de origem romano-germânica e utiliza o processo legislativo como fonte primordial das normas jurídicas. Nessa situação, o julgador interpreta a lei e aplica ao caso, é o sistema utilizado no Brasil, para a doutrina majoritária, e "caracteriza-se pelo primado do processo legislativo, com atribuição de valor secundário às demais fontes de direito" (REALE, 2002, p. 142).

Em síntese, a distinção ocorre, crucialmente, na relevância aplicada aos precedentes em cada sistema. Enquanto no *commom law* prevalecem os precedentes consuetudinários, no *civil law* o direito surge da aplicação de leis.

Na prática, os países do *commom law* vinculam suas decisões aos costumes da população, que possuem efeitos vinculantes e devem ser aplicadas categoricamente aos casos análogos futuros. Surge a lide e, consequentemente, a decisão, da qual é retirada a *ratio decidendi*, isto é, o motivo que ensejou aquele veredito. Posteriormente, essa decisão será utilizada em casos semelhantes. A norma está relacionada às particularidades do caso concreto, tendo a lei mínima relevância.

Em contrapartida, os países do *civil law* têm a lei como principal fonte de direito, servindo para aplicar a norma em casos futuros, de modo que o juiz interpreta e utiliza a norma no caso concreto. Assim, em regra, as decisões prolatadas pelos magistrados não possuem efeito *erga omnes*, aplicando-se somente naquele caso específico. Essas decisões são consideradas fontes secundárias, pois embora possam influenciar normas, são insuficientes para criá-las.

Desse modo, não se pode afirmar qual é o melhor ou o pior sistema, cada um deve ser aplicado conforme as experiências sociais, históricas e culturais de cada povo.

2. OS PRECEDENTES DO SISTEMA *COMMOM LAW* APLICADOS AO DIREITO BRASILEIRO

O precedente é uma decisão referente a um caso em específico e proporciona uma regra que poderá ser aplicada em casos futuros. No *commom law,* seleciona-se uma ou pouquíssimas decisões para serem consideradas precedentes, ficando fácil identificar a *ratio decidendi*, bem como comparar com o caso concreto e observar se tratam-se da mesma problemática.

Michele Taruffo (2014, p. 4) ainda aprofunda:

> É, portanto, o juiz do caso posterior que determina se há ou não o precedente e, então, "cria" o precedente. [...] a estrutura fundamental do raciocínio que leva o juiz a aplicar o precedente ao próximo caso é **baseada em uma análise dos fatos**. **Se esta análise justifica a aplicação no segundo caso da *ratio decidendi* aplicada no primeiro, o precedente é eficaz e pode determinar a decisão do segundo caso.** (Grifou-se).

O magistrado julga o caso que, posteriormente, pode servir de precedente. Cabe ao juiz do segundo caso analisar as questões abordadas, tanto fatídicas quanto jurídicas, fazendo um comparativo e decidindo pela aplicação ou não ao caso concreto; é a decisão do segundo juiz que vai criar ou não o precedente (FERRAZ JÚNIOR, 2012, p. 210).

Ademais, o crescimento acelerado do número de processos judiciais decorre tanto do acesso à justiça (esse não é o problema em si), quanto do quadro do aparelho estatal hodierno que é insuficiente para julgar a quantidade de demandas, acarretando na prioridade da celeridade processual em detrimento de outros aspectos processuais relevantes. Visa-se somente o fim do processo, implicando, muitas vezes, no julgamento contraditório de demandas semelhantes.

O precedente não pode ser aplicado como um julgado, tampouco com apenas sua ementa, deve-se fazer um comparativo, demonstrando as semelhanças entre os casos e justificando a decisão. A simples transcrição da ementa demonstra o desvirtuamento da utilização correta do precedente e não serve para fins de aplicação (BARREIROS, 2016, p. 197).

Outro aspecto relevante refere-se à inconstância do posicionamento dos tribunais. O papel do Supremo Tribunal Federal (STF) é uniformizar a interpretação das normas constitucionais, e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) é fazer o mesmo em relação às normas infraconstitucionais.

Para que ocorra a introdução eficaz dos precedentes em um país, é necessário analisar as bases culturais daquela população, considerando-se o pensamento político-social e o princípio da segurança jurídica, bem como a atuação dos tribunais nesse país. Sem a observância desses fatores, o sistema de precedentes será coberto de falhas, acarretando em violação aos princípios da celeridade, isonomia e segurança jurídica.

No Brasil, utilizou-se uma técnica diferente para aplicação dos precedentes. Vejamos as lições de Daniel Neves (2018, pp. 1.556-1.557):

> **no Brasil foi adotada outra técnica na formação dos precedentes, já que o Novo Código de Processo Civil prevê, de forma expressa e específica, quais são os julgamentos que serão considerados precedentes.** Trata-se de "precedente doloso" [...], um julgamento já predestinado a ser precedente. (Grifou-se)

O Brasil tentou inovar a teoria de precedentes, vez que não se analisa a situação fática do caso concreto julgado anteriormente para aplicar em seguida. Ao contrário, sua aplicação obedece a um rol taxativo, previsto no artigo 927, CPC, vinculando as decisões nele elencadas.

3. DO SISTEMA DELIBERATIVO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Os Tribunais possuem a função de uniformizar a jurisprudência, bem como de rever as decisões judiciais julgadas em segundo grau, desde que se enquadrem nas hipóteses de cabimento.

Conforme Luiz Guilherme Marinoni (2015, pp. 14-17): "as Cortes Supremas, na generalidade dos sistemas *civil law*, foram concebidas para corrigir – seja mediante cassação ou revisão – a interpretação da lei."

Ronald Dworkin (2010, p. 287) usa a expressão "romance em cadeia" para esclarecer como deveria ocorrer o julgamento nos Tribunais

Superiores. Para o autor, o tribunal deve atuar como se estivesse escrevendo um romance coletivo, em que cada julgador escreveria um capítulo, contudo, com exceção do primeiro, todos deveriam ler os capítulos anteriores, observando o contexto da história e prosseguindo com a análise até o seu desfecho. Esse tipo de análise modificaria a forma como ocorre os julgamentos dos tribunais superiores e inferiores, contribuindo para a análise dos precedentes.

O ideal seria um único voto coletivo, trazendo a ideia de uniformização da jurisprudência e entendimento do tribunal, bem como facilitando a identificação da *ratio decidendi*, para formação do precedente, pois vários votos com posicionamentos diferentes, apesar de acarretar no mesmo dispositivo final, por exemplo, o provimento do recurso, induzem diversos entendimentos individuais diferentes. Nesse caso, o relatório do voto deveria ser o mais minucioso possível (ANDREASSA JÚNIOR, BARBOSA, 2017, p. 882).

Diante das atuais divergências, deve-se considerar qual voto servirá de base para a decisão; qual será a *ratio decidendi*; se o voto de algum ministro deveria prevalecer sobre o outro; e se seria possível unir todos os posicionamentos. Questões como essas devem ser suscitadas ao realizar um julgamento para firmar o entendimento do tribunal como órgão colegiado, não como julgadores individuais.

A inconstância das decisões dos tribunais é bastante frequente. Apenas a título de exemplo, acerca do ato cabível para impugnar a estabilização da tutela de urgência antecipada antecedente, o STJ (Informativo de Jurisprudência 639, 01/02/2019, REsp 1.760.966-SP) entendeu, por unanimidade que: "A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303 do CPC/2015, torna-se estável **somente se não houver qualquer tipo de impugnação pela parte contrária**." Em contrapartida, no Informativo de Jurisprudência 658, REsp 1.797.365-RS (08/11/2019), a Primeira Turma entendeu que: "**Apenas a interposição de agravo de instrumento contra a decisão antecipatória dos efeitos da tutela requerida em caráter antecedente é que se revela capaz de impedir a estabilização**, nos termos do disposto no art. 304 do Código de Processo Civil." Percebe-se, pois, que há divergência no próprio STJ, no lapso temporal inferior a um ano.

A própria Corte não possui um entendimento estável, consequentemente os jurisdicionados e tribunais inferiores não confiam em suas

decisões. Os próprios Tribunais Superiores, cuja função é uniformizar a jurisprudência, não o fazem, impossibilitando a estabilidade nos tribunais inferiores e a segurança jurídica das decisões judiciais.

Enquanto isso, existem processos que tramitam em que o réu apresentou contestação em vez de interpor recurso. Suponhamos, ainda, que à época da contestação o entendimento do STJ era pela possibilidade de recebimento da peça de defesa e, diante do Informativo 639, o réu optou por esse meio de impugnação, eximindo-se do pagamento de preparo; todavia, no momento de análise da contestação, a Corte passou a entender somente pelo cabimento do recurso e o magistrado acolhe essa tese. Tal divergência acarretará prejuízos para o réu.

É forçoso reconhecer que o ordenamento jurídico brasileiro não considera a ideia do "romance em cadeia" de Dworkin, ao contrário, julga cada caso como se fosse uma situação originária, desconsiderando todo o histórico da instituição. Partindo desse pressuposto, como os Tribunais Superiores poderão analisar os "precedentes", aplicando-os ou não, se eles não revisam matéria de fato e os fatos englobam o precedente? Nesse desiderato, "é preciso ver o precedente como a aplicação feita por um julgador a uma situação concreta; **o comando não pode ser entendido em sua literalidade, como se tivesse se descolado da situação para a qual foi produzida**" (RAMIRES, 2010, p. 149).

As questões de fato e direito estão interligadas, são essenciais para a análise do processo, crucialmente no que se refere aos precedentes, não podendo ser desmembradas para se obter uma análise mais objetiva de cada caso, porque tal ato resulta em um efeito completamente oposto, correndo-se o risco de julgar injustamente. A construção do precedente deve ser algo seguro, primordialmente por aquela *ratio decidendi* não se encontrar expressamente prevista no texto legal, causando, desde logo. insegurança aos jurisdicionados.

Constata-se, portanto, que muito não se pensou ao tentar instituir os precedentes no Brasil. Analisou-se o modelo aplicado no *commom law*, tentando trazer para um país do *civil law*, sem observar as particularidades do lugar onde seria aplicado, além dos sérios prejuízos que podem surgir a partir da má aplicação, ou seja, uma tentativa de imposição do precedente em um país que não está adaptado com esse tipo de método.

4. O PRECEDENTE JUDICIAL E A FUNÇÃO NOMOFILÁCICA DOS TRIBUNAIS

Os precedentes judiciais objetivam dar a mesma solução jurídica para casos semelhantes, garantindo-se a aplicação da função nomofilácica e efetivando a segurança jurídica.

O precedente, no *commom law*, não ocorreu da noite para o dia, tampouco se impôs o que deve ser considerado como precedente, ou se construiu pela fixação de teses, mas tornou-se vinculante com uma decisão posterior relacionada a caso anterior. Refere-se a um caso particular já julgado, não diz respeito a algo que pode ocorrer posteriormente, fazendo-se uma projeção futura (STRECK, 2019).

No *commom law*, o precedente também deve ter coerência, estabilidade e integridade, contudo antes de se tornar precedente, a decisão passa por diversas discussões, faz surgir diferentes teses suscitadas pelas partes, torna-se um padrão decisório para os Tribunais Superiores e inferiores e, somente com o passar do tempo, torna-se um precedente. Assim, sua origem dá-se a partir da aceitação pelos litigantes e pelas instâncias inferiores dos tribunais. (STRECK, 2016). No Brasil, o precedente surgiu da inclusão do art. 927 no CPC. Aqui, ao término de um julgamento, as Cortes fixam teses para serem usadas em situações subsequentes, as quais estão sendo consideradas precedentes.

O Brasil ainda não possui um sistema de precedentes, mas de provimentos judiciais que podem contribuir para a resolução de alguns conflitos: "Dentre diversas razões, podemos destacar o fato de que a *ratio decidendi*, ou seja, **aquilo que efetivamente vincula em um precedente, é determinada pelos tribunais inferiores e não pelo próprio Tribunal que decidiu a questão**" (STRECK, 2016).

O precedente tem origem na aplicação do magistrado que analisa o caso pela segunda vez, identificando ali a semelhança. O CPC traz uma situação inversa em que, ao final do julgamento, os Tribunais Superiores fixam a tese e simplesmente decidem que a partir daquele momento ela terá caráter vinculante. Todavia, o que poderia dar origem ao precedente seria uma segunda aplicação averiguada pelos tribunais inferiores, não pelas Cortes Superiores.

Precedentes possuem *ratio decidendi* e *obiter dictum*, não teses, e devem ser analisados por completo, considerando-se o contexto da decisão. Ao fixar essas teses, os magistrados ficarão condicionados àquela redação, não se analisando integralmente o contexto de ambos os casos para aplicação do precedente, tornando-se um efeito meramente mecânico com o objetivo apenas de desafogar o Judiciário.

Muito se discute também acerca da natureza da aplicabilidade das situações previstas no artigo 927. Analise-se a redação do seu *caput* (BRASIL, 2015): "os juízes e tribunais **observarão**:". Parte da doutrina entende que o verbo "observar" não traz obrigatoriedade, mas uma tentativa de convencer para sua aplicação. A doutrina majoritária, por outro lado, entende que trata-se de um texto vinculante, devendo o magistrado aplicar o precedente quando constatar uma das hipóteses elencadas no artigo. Diante disso, exploraremos a mesma nomenclatura (observarão) utilizada em outros artigos do CPC, com intuito de averiguar se, em outras circunstâncias, o legislador objetivou eficácia vinculante ou persuasiva.

Dentre diversos artigos dos quais consta o verbo "observar", analisaremos três: artigos 307, parágrafo único; 693, parágrafo único e 984; na respectiva ordem, vejamos (BRASIL, 2015): "Art. 307. [...] Parágrafo único. Contestado o pedido no prazo legal, **OBSERVAR-SE-Á** o procedimento comum". O artigo refere-se ao procedimento de tutela provisória de urgência cautelar antecedente, no qual o legislador traz um rito específico até a apresentação da contestação. Após, ocorre a conversão para o procedimento comum. A nomenclatura "observar", nesse caso, é obrigatória, não podendo utilizar outro rito processual.

O mesmo ocorre no art. 693, parágrafo único (BRASIL, 2015):

> Art. 693. [...] Parágrafo único. A ação de alimentos e a que versar sobre interesse de criança ou de adolescente **OBSERVARÃO** o procedimento previsto em legislação específica, aplicando-se, no que couber, as disposições deste Capítulo.

A ação de alimentos possui legislação específica (Lei 5.478, de 25/07/1968), a qual deve ser obrigatoriamente aplicada, não podendo o autor utilizar o rito comum, pois há um procedimento peculiar.

Por fim, o art. 984 prevê a ordem do julgamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) (BRASIL, 2015): "No julgamento do incidente, **OBSERVAR-SE-Á** a seguinte ordem: [...]". Ao ser julgado, o IRDR não pode sofrer mudança na ordem estabelecida, do mesmo modo ocorre nas sessões de julgamento. O relator primeiro expõe a causa, com os fatos e fundamentos levantados pelas partes para, só em seguida, os litigantes realizarem a sustentação oral, não podendo a ordem ser invertida. De outro modo, a fim de demonstrar a discussão, o art. 835 (BRASIL, 2015) estabelece a ordem da penhora: "Art. 835. A penhora **observará, preferencialmente**, a seguinte ordem: [...]". O legislador, além do verbo "observar", usa o termo "preferencialmente", demonstrando que a ordem do rol não é obrigatória, podendo ser alterada, o que não ocorreu no artigo 927.

O precedente não deve possuir caráter vinculante. Entretanto, quando o legislador usou apenas o termo "observar" no artigo 927, sem prever exceções, previu a obrigatoriedade da norma. Além disso, o verbo é usado no imperativo, demonstrando uma imposição. Assim, no Brasil, pressupõe-se a obrigatoriedade da aplicação dos precedentes judiciais, ainda que não se tenha usado quaisquer outros verbos, como aplicar, dever ou vincular.

É incontestável que os Tribunais Superiores criam a tese, devendo os desembargadores e magistrados apenas aplicá-la, como se houvesse uma hierarquia entre os tribunais. Ignora-se o conteúdo das decisões e o caso concreto, observando apenas de qual "autoridade" é a decisão. O art. 927 demonstra uma tentativa do legislador em desafogar o Poder Judiciário, cuja quantidade de processos vem crescendo exponencialmente. É cada vez mais difícil ver processos ultrapassando o juízo de admissibilidade e tendo o mérito minunciosamente julgado pelas Cortes.

A inserção do dispositivo legal nada mais é que um esforço para que os processos se encerrem no Juízo de primeiro e, no máximo, segundo grau. Nesse desiderato, explica Lênio Streck (2016):

> **O "sistema" funcionaria melhor com efetividade qualitativa. Cada processo julgado com fundamentação detalhada evita recursos e não os incentiva.** Essa foi a *ratio* da construção do CPC. [...] ***Contrário sensu*, o modo como os tribunais agem (com decisões superficiais e padronizadas) induz a**

> **recorribilidade e aumentam vertiginosamente o trabalho destes tribunais.** (Grifou-se)

São os Tribunais Superiores que estão analisando o caso concreto, nada mais sensato do que esperar uma decisão justa, apreciada minunciosamente. Contudo, o que acontece, na maioria das vezes, é um julgamento de mérito (quando há) feito mediante decisões prontas, como se aquele caso sequer merecesse uma análise específica.

É cediço que a quantidade de julgamentos feitos pelas Cortes é descomunal, porém deve-se pensar em uma maneira de proporcionar julgamentos pormenorizados, em vez de procurar motivos para que os processos sequer ultrapassem o juízo de admissibilidade dos Tribunais Superiores. Se houvesse essa efetividade qualitativa, o artigo 927 poderia ter um efeito mais consentâneo. Ocorre que, no Brasil, formam-se teses a partir de temas, com aplicação generalizada. Diante disso, esquecem o mais importante, que é analisar o caso concreto, abstêm-se de se aprofundar no mérito, criam uma forma de "julgar" vários processos rapidamente, sem que as decisões cheguem aos Tribunais Superiores. (STRECK, 2016).

Uma das "decisões" mais usadas pelas Cortes Superiores é a aplicação equívoca da súmula 07 do STJ, informando que tratam apenas de questões de direito e o processo requer análise de fatos, porém não se pode desmembrar o direito dos fatos. Ainda que não haja dilação probatória nessa fase processual, é necessário a revisão do conjunto. Ademais, os Tribunais estão substituindo os legisladores e as fontes de direito por teses fixadas pelo Judiciário. Não se analisa mais a lei, não se interpreta mais a Constituição, tudo se resume às teses jurídicas criadas pelas Cortes Superiores, a fim de reduzir o número de processos. Corre-se o risco de acabar-se pensando que o direito é aquilo dito pelos Tribunais, não mais importando a norma jurídica em si, apenas o posicionamento de cada um dos ministros, separadamente (STRECK, 2016).

Partindo dessa premissa, é notório que o objetivo é tão somente reduzir o número de processos que chegam até os Tribunais Superiores, busca-se uma eficiência quantitativa, não qualitativa, mediante aplicação de meios de padronização das decisões judiciais, como técnicas de julgamento liminar, súmulas, repercussão geral etc. Entretanto essa tentativa pode acabar comprometendo a função nomofilácica.

A ideia é criar aplicação obrigatória de teses abstratas com força de lei, sem que haja a necessidade de elencar todas as situações possíveis na própria lei. A tese fixada na súmula, na repercussão geral, no IRDR ou no próprio precedente, também é texto da mesma forma que a legislação e também está sujeita as mesmas interpretações e situações-problema que a lei (THEODORO JÚNIOR, NUNES e BAHIA, 2010, p. 40). Desse modo, o respeito à integridade, estabilidade e coerência, bem como ao contexto histórico da instituição e a atual situação social, é que poderá garantir a efetividade da função nomofilácica e da segurança jurídica, no âmbito dos Tribunais Superiores e inferiores.

5. DA FUNÇÃO NOMOFILÁCICA E DOS SEUS REFLEXOS NA (IN)SEGURANÇA JURÍDICA

Apesar de não ser novo e nem muito utilizado, o termo "nomofilácica", trata da função que os tribunais possuem de uniformizar a jurisprudência. Para Antônio Brandão (2016):

> [...] é a **garantia de uniformidade na interpretação das normas.** Parece óbvio, mas basta visualização superficial da jurisprudência das nossas Cortes Superiores para fazer a constatação que a depender da "Turma" que cair o processo, haverá decisão num ou noutro sentido sobre mesma matéria. (Grifou-se).

A função nomofilácica existe para uniformizar a jurisprudência e evitar decisões contraditórias e a famosa jurisprudência lotérica. Contudo a efetiva aplicação dessa função normalmente não acontece, sendo cada vez mais frequente observar os tribunais proferindo decisões discrepantes até mesmo no próprio tribunal. Essa uniformização provoca segurança jurídica aos jurisdicionados e aos próprios tribunais, pois passarão a agir de acordo com a interpretação estável dada à norma jurídica, além de evitar conflitos as ações que possam acarretar na discussão acerca do tema, tendo em vista que o posicionamento dos tribunais é uniforme.

A aplicação da função nomofilácica pode ocorrer de duas maneiras: em sentido vertical e em sentido horizontal. Dar-se-á em sentido vertical quando o magistrado de primeiro grau aplica ao caso concreto decisões de

casos análogos, teses fixadas em recursos repetitivos ou com repercussão geral, enunciados e súmulas elaborados por Tribunais Superiores. Trata-se da situação prevista no artigo 927 do CPC. Já a função nomofilácica em sentido horizontal diz respeito ao dever de o tribunal seguir seu entendimento colegiado, independentemente dos posicionamentos individuais de seus julgadores ou Turmas.

Os Tribunais Superiores deveriam servir de espelho para os inferiores, contudo, ocorre o oposto, decisões proferidas de maneira antagônica, impossibilitando, por exemplo, que os magistrados de primeiro grau apliquem o posicionamento dos Tribunais Superiores, pois inexiste entendimento uníssono (NEVES, 2018, p. 1.545). Desse modo, "o respeito à jurisprudência deve começar pela própria corte que a formou, pois a adoção de decisões distintas para lides análogas acarreta instabilidade no sistema e estimula a litigiosidade" (WAMBIER et al., 2018, p. 1.082).

A função nomofilácica baseia-se em três deveres, quais sejam: estabilidade, integridade e coerência, os quais ensejam o precedente. O dever de estabilidade refere-se à permanência do entendimento do tribunal, a fim de evitar a imprudência na aplicação frequente de decisões divergentes. Essa estabilidade evitaria, inclusive, a interposição de diversos recursos, com o intuito de uniformizar o entendimento dos tribunais, pois a instituição em si teria o mesmo entendimento. Além disso, preserva a segurança jurídica, sem implicar no engessamento da jurisprudência, pois pode haver alteração desde que fundamentada. Refere-se, ainda, ao dever que os tribunais possuem de observar seus julgamentos pretéritos (NEVES, 2018, p. 1.547). A integridade, por sua vez, pode ser exemplificada pela ideia já mencionada do romance em cadeia de Dworkin. É dever do julgador observar todo o histórico de decisões da instituição e fundamentar, ainda que para alterá-lo, de acordo com sua evolução, evitando-se o engessamento da jurisprudência e sua aplicação de forma mecânica. Por fim, no dever de coerência, o julgador deve dar o mesmo julgamento anteriormente prolatado em caso análogo, de modo a evitar que os litigantes, com as mesmas situações jurídicas, tenham resultados distintos por se tratar de resolução por tribunais distintos.

Os tribunais devem julgar observando-se tanto o contexto passado quanto o futuro, uma vez que se analisa as decisões já aplicadas em casos

análogos, bem como investigando-se se, ao julgar, aquela decisão servirá para casos posteriores.

O CPC objetivou essa uniformização das decisões judiciais, mediante valorização dos precedentes, prevista nos artigos 926 e 927. Entretanto, para que surta os devidos efeitos, é crucial maior qualidade das decisões judiciais. Prezar somente pela coerência das decisões poderia ensejar em violação ao princípio da igualdade e o engessamento da jurisprudência. É crucial sopesar a coerência com a integridade das decisões à luz do princípio da isonomia.

A uniformização das decisões judiciais, fundadas na coerência, integridade e estabilidade, traz confiança ao tribunal e aos jurisdicionados. Não faz sentido que dois casos semelhantes tenham julgamentos distintos, as decisões judiciais, independentemente da instância que se encontrem, devem ter julgamento uniforme. Partindo desse pressuposto, faz-se mister abordar o princípio da segurança jurídica, conceituado por Humberto Ávila (2009, p. 112) como a "prescrição, dirigida aos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, que determina a busca de um estado de confiabilidade e de calculabilidade do ordenamento jurídico com base na sua cognoscibilidade".

A confiabilidade é a confiança depositada no Poder Judiciário, é "utilizada na perspectiva retroativa com o enfoque nas conquistas do passado e que devem permanecer no presente" (PEIXOTO, 2018, p. 56); é a conexão entre passado e presente, visando a estabilidade das decisões e da legislação, como no caso das cláusulas pétreas e da coisa julgada. Em outro viés, a calculabilidade se impõe diante do futuro, está diretamente associada às consequências de determinado ato jurídico, visando minimizar danos aos indivíduos (ÁVILA, 2011, pp. 587-588). Portanto, enquanto a confiabilidade se preocupa com o passado e o presente do Direito, a calculabilidade analisa a transição entre o presente e o futuro; ambas se completam e dão ensejo ao princípio da segurança jurídica.

O crescente teor de decisões incoerentes e contraditórias, se consideradas diante do entendimento do órgão pelo qual se julga como um todo, resulta na ausência de confiança no Poder Judiciário. As instituições que dele fazem parte têm o poder-dever de garantir o direito e quando não o fazem, acarretam grandes indagações acerca da possibilidade de o Judi-

ciário proporcionar uniformidade em seus julgamentos, ou seja, a própria insegurança jurídica.

Acredita-se que ainda há muito a lapidar até que esse princípio seja, de fato, respeitado, ressaltando-se que a imprescindibilidade dessa eficácia deve ocorrer desde a uniformização de interpretação das normas jurídicas à incidência da legislação. Por conseguinte, o princípio da segurança jurídica está intrinsecamente ligado à função nomofilácica, haja vista ambos visarem a uniformização das decisões judiciais, de modo a evitar discrepâncias entre julgamentos com a consequente ausência de confiabilidade no Poder Judiciário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar do que dispõe a tentativa do texto normativo, o precedente judicial não pode ser assemelhado por analogia à lei como fonte primária do Direito. Trata-se de uma fonte indireta, que pode ser utilizada com intuito interpretativo. O CPC tentou importar os precedentes para o Brasil – país do *civil law*, que, em virtude da grande quantidade de demandas e divergência de posicionamentos dos magistrados, não consegue uniformizar sua jurisprudência. Assim, o artigo 927 deve ser considerado de natureza vinculante, não como precedente judicial, pois é completamente distinto de qualquer conceito e origem que se tenha de precedente.

O conjunto de deveres da função nomofilácica é que dá eficácia ao princípio da segurança jurídica. No entanto, a aplicação de cada um desses deveres de forma segregada, sem a observância do dever de fundamentação das decisões, previsto no artigo 489, §1º do Estatuto Processual Civil, causa um efeito inverso, violando o princípio constitucional.

Não é possível separar o momento de interpretação do instante de aplicação da norma jurídica, tendo em vista que um decorre do outro. Sendo assim, tanto a lei quanto o "precedente" estará sujeito a diversas interpretações, inclusive uma má aplicação. Antes da imposição dos precedentes judiciais no Brasil, deveria ter ocorrido uma adaptação cultural, a fim de que os julgadores e doutrinadores passassem a aprofundar e aplicar a função nomofilácica e, consequentemente, evitar insegurança jurídica nas decisões proferidas pelos Tribunais Superiores.

Desse modo, devido à inconstância nos entendimentos dos Tribunais Superiores, os precedentes judiciais não conseguem efetivar o princípio da segurança jurídica em suas decisões por meio da função nomofilácica. Para que isso ocorra, é necessário que cada julgador passe a interpretar a norma jurídica, considerando o contexto da instituição e teor legal, não apenas seu posicionamento individual, só assim o ordenamento jurídico terá uma jurisprudência verdadeiramente uniforme.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário.** São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 10. ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

ANDREASSA JÚNIOR, Gilberto; BARBOSA, Cláudia Maria. Teoria dos precedentes e sua incompatibilidade com o sistema deliberativo dos Tribunais Superiores. **Revista eletrônica do curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria**, v. 12, n. 3, 2017.

BRANDÃO. Antônio Augusto Pires. O reforço do dever de fundamentação das decisões como fator de legitimação da atividade judicial. **Revista de Processo.** REPRO. Revista dos Tribunais. Vol. 258 Ago/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.258.01.PDF>.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de processo civil.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6ª ed. 4ª reimpr. São Paulo: Atlas, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas cortes supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo código de processo civil comentado**. 3ª ed. rev. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2018.

PEIXOTO, Ravi. **Superação dos precedentes e segurança jurídica.** 3 ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

STJ. Recurso Especial: REsp 1.760.966-SP, Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, por unanimidade, julgado em 04/12/2018, DJe 07/12/2018, em **Informativo de Jurisprudência nº 639**, publicado em 01 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/docs_internet/informativos/PDF/Inf0639.pdf> Acessado em 28 de novembro de 2019.

_____. Recurso Especial REsp 1.797.365-RS, Relator: Ministro Sérgio Kukina, Rel. Acd. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, por maioria, julgado em 03/10/2019, DJe 22/10/2019, em **Informativo de Jurisprudência nº 658**, publicado em 08 de novembro de 2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=%270658%27> Acessado em 28 de novembro de 2019.

STRECK, Lênio. O que é isto – o sistema (sic) de precedentes no CPC? **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**. Publicado em 18 de agosto de 2016. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>.

_____. Precedentes? Uma proposta aos ministros Shietti, Mussi e Sebastião. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico.** Publicado em 06 de junho de 2019. Disponível em: < https://www.conjur.com.

br/2019-jun-06/senso-incomum-precedentes-proposta-aos-ministros-schietti-mussi-sebastiao>.

_____. Uma tese política à procura de uma teoria do direto: precedentes – Parte III. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**. Publicado em 06 de outubro de 2016. Disponível em < https://www.conjur.com.br/2016-out-06/senso-incomum-tese-politica-procura-teoria-direito-precedentes-iii>.

STRECK, Lênio; TORRANO, Bruno. Precedente não é critério máximo para justificar raciocínio judicial. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**. Publicado em 06 de outubro de 2016. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2016-set-26/precedente-nao-criterio-maximo-justificar-raciocinio-judicial>.

TARUFFO, Michele. **Precedente e jurisprudência.** Trad. Chiara de Teffé. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014, p. 04. Disponível em: < https://civilistica.com/wp-content/uploads1/2015/02/Taruffo-trad.-civilistica.com-a.3.n.2.2014-4.pdf>

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro: Análise de convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória. **Revista de Processo**, ano. 35. n. 189. São Paulo: Ed. RT, nov. 2010.

WAMBIER, Teresa de Arruda Alvim. Et. al. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil: artigo por artigo**. 2ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

DIREITO DE GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO: ENTRE O DIREITO DO SERVIDOR E A SATISFAÇÃO DO CIDADÃO

Tainara Mariana Mallmann[16]
Morgana Patricia Webers Bonfanti[17]
Aldemir Berwig[18]

INTRODUÇÃO

A vida em sociedade pressupõe, nesse contexto de pós-modernidade, a compreensão de que se vive uma fase evolutiva que tem nascimento com a modernidade e na qual se busca o aperfeiçoamento das relações sociais e, consequentemente, uma boa regulação estatal, bem como uma boa prestação de serviços essenciais, os quais estão, via de regra, nas mãos do Estado. É que no contexto do Estado intervencionista que teve lugar

16 Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ).

17 Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ).

18 Doutor e Mestre em Educação nas Ciências pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ. Graduado em Direito e Administração, ambas pela UNIJUÍ, MBA em Investimentos e Private Banking pela IBMEC São Paulo, especializado em Direito Tributário pela UNISUL. Professor adjunto e Coordenador do Comitê de Ética em Pesquisa (CEP) na UNIJUÍ.

no pós-guerra, e na tentativa posterior de implementação de um Estado gerencial, sempre aparece no discurso dominante a ideia de bem servir aos cidadãos.

Claro que neste momento não se tem como simplesmente apontar que uma das duas formas citadas acima são, efetivamente, a concretização dos anseios dos cidadãos no contexto da sociedade. Resta claro, entretanto, que embora o Estado possa fazer suas opções na prestação dos serviços públicos, deve ele agir com eficiência. E dessa forma, independentemente de ter uma estrutura estatal composta de uma ampla administração indireta ou optar por terceirizar grande parte de suas atividades, deve ele regular adequadamente a oferta de serviços para que bem atenda aos cidadãos.

É nesse contexto que este artigo científico busca tecer considerações acerca do direito de greve no serviço público a partir da interpretação do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria. O direito de greve é constitucionalmente assegurado a todos os trabalhadores, constituindo importante mecanismo para a manutenção da igualdade nas relações laborais.

Deve-se considerar que nem sempre foi aceita a greve e vistos com bons olhos os movimentos grevistas. Durante um longo período a greve foi proibida, mormente considerada como motim ou rebelião, cenário que perdurou até o final de 1890. Com a Constituição de 1946 (BRASIL, 1946), a greve passou a ser oficialmente permitida, entretanto, o direito apenas passou a ser efetivo com a Constituição Federal de 1988. Foi no seu contexto normativo a construção jurídica de uma norma de eficácia limitada, condicionando a efetivação do direito de greve à edição de lei específica. Ocorre que, para os servidores públicos, essa lei jamais foi editada, situação que levou o STF a se posicionar para garantir o exercício do movimento paredista. Nesse contexto, coloca-se os seguintes questionamentos: (a) é pacífico, no posicionamento doutrinário, a validade do direito de greve dos servidores públicos? (b) em que circunstâncias pode-se aceitar o direito de greve como um movimento legítimo dos servidores no contexto do dever legal estatal de bem servir aos cidadãos?

Para responder a esses questionamentos, desenvolve-se esta pesquisa de natureza observacional, abordagem qualitativa e exploratória. Na realização do estudo, utiliza-se o procedimento técnico bibliográfico, servindo como fonte produções doutrinárias e trabalhos acadêmicos, entre outros, além de jurisprudências e legislações no âmbito nacional. Adota-se o

método de desenvolvimento hipotético-dedutivo, apresentando hipóteses condutoras a fim de que seja possível a reflexão crítica sobre o tema e a exposição dos resultados.

São três as hipóteses do trabalho: a primeira é que, nada obstante a ausência de regulamentação legal da matéria, o direito de greve deve ser assegurado aos servidores públicos civis, tendo em vista se tratar de um direito fundamental que visa combater arbitrariedades por parte do empregador que, no caso, é o poder público. A segunda, que não poderá consistir o direito de greve em um direito ilimitado, tendo em vista a gama de direitos dos cidadãos de incumbência do ente estatal. A terceira, que o direito de greve deve ser compreendido com ressalvas, sempre priorizando o interesse público, razão pela qual não se admite o exercício da greve pelos militares.

A partir desse recorte a primeira seção aborda, de maneira sistemática, os aspectos gerais e a evolução que perpassou o direito de greve, analisando seu crescimento e posição dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Na sequência, o trabalho debruça-se especificamente sobre o direito de greve que possuem os servidores públicos e como ela pode ser exercida de forma legal.

1. ASPECTOS GERAIS E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DE GREVE

A greve é um direito previsto na Constituição brasileira, constante no título dos direitos e garantias fundamentais, assegurado a todos os trabalhadores visando a obtenção de melhores condições de trabalho através da luta coletiva. A "[...] greve é necessária para o equilíbrio das relações sociais, na medida em que representa uma tentativa de contrabalançar a significativa desigualdade das partes em conflito [...]" (FRAGA; VARGAS, 2010, p. 157-158).

Quando se trata do serviço público, a Constituição Federal de 1988 dispõe sobre a greve no inciso VII do artigo 37, constituindo uma norma de eficácia limitada que assim prescreve: "o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica" (BRASIL, 1988). Na legislação pátria, o conceito de greve encontra-se previsto no artigo 2º da Lei nº 7.783/1989, que assim dispõe: "considera-se legítimo

exercício do direito de greve a suspensão coletiva, temporária e pacífica, total ou parcial, de prestação pessoal de serviços a empregador" (BRASIL, 1989, s.p.).

A greve é garantida legalmente em razão de antigas reivindicações e pode ser considerada um instrumento de promoção da igualdade, tendo em vista que, segundo Fraga e Vargas (2010), sem esse direito, as reinvindicações dos empregados por melhores condições de trabalho não passariam de meras súplicas a serem atendidas apenas mediante a boa vontade dos empregadores, estes detentores dos meios produtivos.

É necessário, entretanto, compreender esse direito no contexto do Estado Democrático de Direito. Não se pode falar de democracia se o Estado tolhe a liberdade de manifestação e amordaça parte significativa da população retirando dos trabalhadores seu instrumento de luta por melhores condições de trabalho. A greve deve ser encarada, segundo Fraga e Vargas (2010), como meio imprescindível de negociação coletiva, sendo descabida a intervenção abrupta do Judiciário. Nessa dinâmica, de modo a reduzir os prejuízos experimentados pela sociedade, o Estado deve "[...] fomentar a negociação coletiva e, mesmo, empenhar-se para, sem interferir no resultado da greve, aproximar as partes de um acordo, de modo que a duração da greve seja a menor possível [...]" (FRAGA; VARGAS, 2010, p. 161).

Para Carlos Henrique Bezerra Leite (2001) a greve traduz-se direito fundamental do trabalhador, constituindo a reação pacífica da classe em face de atos que constituam desrespeito a dignidade da pessoa humana. Enquadra-se, a um só tempo, nos direitos de primeira, segunda e terceira geração, uma vez que pode ser considerada, simultaneamente, direito de liberdade, igualdade e fraternidade, aspecto que somente pode ser objeto de reivindicações mais recentemente, embora estes sejam o lema instituinte da modernidade.

Da Antiguidade até o século XVIII, as paralisações de serviço são classificadas como rebeliões ou motins, tendo em vista a escravidão vivida naquele momento histórico (MALLON, 2016). O vocábulo "greve" termina sendo utilizado, pela primeira vez, no final do século XVIII, em uma praça de Paris, Place de Grève, onde trabalhadores e desempregados se reúnem, insatisfeitos, normalmente, com os baixos salários e jornadas excessivas, para paralisar suas atividades e reivindicar melhores condições

laborais. "Na referida praça, acumulavam-se gravetos trazidos pelas enchentes do rio Sena. Daí o termo *grève*, originário de graveto" (LEITE, 2001, p. 1).

Tal contexto apenas foi desencadeado a partir do trabalho assalariado, após a Revolução Industrial, quando "[...]o pensamento liberal econômico ganhou força, fazendo com que os empregadores e os operários tivessem maior liberdade para negociar as cláusulas do contrato de trabalho" (MALLON, 2016, p. 11). No Brasil, entretanto, como seguimento desse contexto, parcela da doutrina coteja o surgimento do movimento paredista ao período em que ocorre a imigração dos europeus visando à substituição da mão de obra escrava que havia sido abolida. Verifica-se que até o final de 1890 a greve foi totalmente proibida em território brasileiro. Esse quadro, segundo Mallon (2016), apenas é modificado com a edição do Decreto nº 1.162 no mesmo ano, quando passa a determinar a punição apenas na hipótese de atos violentos praticados durante o movimento paredista.

No contexto constitucional, entretanto, "As Constituições de 1891 e 1934, esta última já na Era Vargas, momento tão precioso para o surgimento de vários direitos trabalhistas, não inovaram no tocante à greve, permanecendo omissas à temática [...]" (MALLON, 2016, p. 13). Finalmente, com a Constituição de 1946 a greve se torna oficialmente permitida no Brasil. Apesar de formalmente assegurada, entretanto, somente passou a ser um direito efetivo e possível com a Constituição Federal de 1988. "Observa-se, portanto, que o direito de greve fora sendo lentamente alcançado pela classe trabalhadora brasileira, por meio de demasiado esforço e lutas com o objetivo de melhoraras condições de trabalho ora impostas" (MALLON, 2016, p. 14).

Todo esse contexto histórico, portanto, demonstra que o direito à greve é hoje garantido constitucionalmente, mais para os trabalhadores da iniciativa privada e menos para os servidores públicos. Esse duplo contexto demonstra que é necessário o debate, primeiro para se compreender o contexto que autoriza a greve, em segundo lugar para compreender sua necessidade, e, finalmente, para equalizar o exercício do direito de greve dos servidores com o direito de receber serviços públicos, pelos cidadãos. Nesse contraponto aparece o dever do Estado de propiciar ambas as coisas,

o trabalho digno aos seus servidores, bem como uma boa prestação de serviço aos cidadãos.

2. A GREVE COMO DIREITO DOS SERVIDORES PÚBLICOS

Durante um longo período, os servidores públicos foram tolhidos do seu direito de greve, em virtude, principalmente, da continuidade do serviço público. A Constituição Federal de 1988, no inciso VII do seu artigo 37 dispõe que o referido direito dos trabalhadores deve ser exercido nos limites definidos em lei específica, entretanto, quanto à categoria dos servidores públicos essa lei sequer foi editada (BERWIG, 2019).

O Supremo Tribunal Federal (STF), que desde 1994, por ocasião da apreciação do Mandado de Injunção nº 20, já havia reconhecido a omissão legislativa no que tange a regulamentação do direito de greve, "[...] porém sem avançar em colmar a lacuna legislativa – revisando o posicionamento anterior, decidiu pela adoção da lei de greve do setor privado como regulamentação das greves do setor público [...]", através dos mandados de Injunção números 670, 708 e 712 (FRAGA; VARGAS, 2010, p. 166). Nestes posicionamentos busca-se, por analogia, a aplicação da lei de greve do setor privado, conciliando o direito de greve com a continuidade dos serviços administrativos para que não haja prejuízos aos administrados. No entanto, segundo posicionamento do STF, na Reclamação 6.568-5/SP, deve haver restrições ao direito de greve a algumas categorias que desempenham serviços essenciais relacionados à ordem pública. Ainda, na oportunidade, fixou que a atividade dos policiais civis é análoga a exercida pelos militares, aos quais a Constituição expressamente proíbe a greve (BERWIG, 2019).

Nesse contexto há, entretanto, grande insegurança jurídica quanto a possibilidade de desconto dos dias não trabalhados pelos servidores públicos em virtude do exercício do direito de greve, aspecto decorrente do vazio legislativo na regulamentação da temática (FRAGA; VARGAS, 2010). Essa divergência é sanada no julgamento do Recurso Extraordinário nº 693456/RJ, no qual resta estabelecido que "[...] a deflagração da greve por servidor público civil corresponde à suspensão do trabalho e, ainda que a greve não seja abusiva, como regra, a remuneração dos dias

de paralisação não deve ser paga" (STF, 2016, p. 166). Na oportunidade é fixada a seguinte tese de repercussão geral:

> A administração pública deve proceder aos descontos dos dias de paralização decorrentes do exercício do direito de greve pelos servidores públicos, em virtude da suspensão do vínculo funcional que dela decorre, permitida a compensação em caso de acordo. O desconto será, contudo, incabível, se ficar demonstrado que a greve foi provocada por conduta ilícita do Poder Público. (STF, 2016, p. 2).

Desse modo, como regra, a administração pública procederá no desconto dos dias não trabalhados em virtude do exercício do direito de greve. O desconto, todavia, vem lastreado na ideia de legalidade obrigatória às ações da administração pública. É decorrência do princípio da legalidade previsto no artigo 37 da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988, s.p.). Caso a greve tenha sido deflagrada em virtude de conduta ilícita do Poder Público, ao exemplo do atraso no pagamento dos salários dos servidores, o desconto será incabível. Nesse sentido é o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS, 2020), o qual encontra respaldo na tese de repercussão geral supramencionada.

> [...] SERVIDOR PÚBLICO. ADESÃO A MOVIMENTO PAREDISTA. DESCONTO DOS DIAS DE PARALISAÇÃO. DEVER DO PODER PÚBLICO. GREVE NÃO MOTIVADA EM ILEGALIDADE DA ADMINISTRAÇÃO. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. SEGURANÇA DENEGADA.
>
> 4. Mandado de segurança coletivo impetrado contra alegado ato coator consubstanciado no desconto nos vencimentos dos servidores públicos dos dias de paralisação em razão da adesão ao movimento paredista deflagrado pelo funcionalismo em novembro de 2019.
>
> 5. Conforme a tese definida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do Recurso Extraordinário nº 693.456/RJ, submetido ao regime de repercussão geral (tema 531): "*A administração pública deve*

> *proceder ao desconto dos dias de paralisação decorrentes do exercício do direito de greve pelos servidores públicos, em virtude da suspensão do vínculo funcional que dela decorre, permitida a compensação em caso de acordo. O desconto será, contudo, incabível se ficar demonstrado que a greve foi provocada por conduta ilícita do Poder Público*".
>
> 6. Evidenciado pelo conjunto fático-probatório que, inobstante consabidos atrasos e parcelamento no pagamento dos vencimentos dos servidores – circunstância que perdura há mais de quatro anos -, o motivo primordial e determinante para a deflagração da greve foi a inconformidade com o pacote de medidas reformistas de reestruturação administrativa e previdenciária propostas pelo Governo do Estado, o que em absoluto caracteriza conduta ilícita do Poder Público.
>
> 7. Não tendo sido a greve provocada por conduta ilícita do Poder Público, há o dever da Administração Pública em proceder ao desconto dos dias de paralisação. Ausência de direito líquido e certo. Segurança denegada.
>
> POR MAIORIA, DENEGARAM A SEGURANÇA. (TJRS, 2020, s.p., grifos no original).

Nesta questão, verifica-se que estão sendo contrapostas duas questões que devem ser analisadas no contexto da cidadania: o servidor público tem a segurança proporcionada pela estabilidade, de forma que o próprio exercício de greve deve sofrer restrição. Nesse contexto é que ocorre a interpretação constitucional pelo STF, diante da qual apenas se justifica a greve em caso de ilicitude das ações da administração pública. Não é de estranhar, portanto, que a decisão do STF termina relacionando os direitos do servidor público com a legalidade da ação da administração e com a necessidade de atender aos interesses do(s) cidadão(s). Não se justifica, em tese, garantias absolutas dos servidores em detrimento do dever de concretizar o interesse público, que é, em outras palavras, o dever de desempenhar as funções do cargo público para atender o(s) cidadão(s).

Em outro aspecto, o da competência, o STF, segundo Fraga e Vargas, fixou parâmetros para sua definição, o que, em linhas gerais se traduz no seguinte:

> [...] - se a paralisação ocorrer em âmbito nacional, ou abranger mais de uma região da Justiça Federal, ou ainda abranger mais de uma unidade da Federação, a competência será do STJ, por aplicação analógica do art. 2º, I, "a", da Lei nº 7.701/88;
>
> - se a controvérsia estiver adstrita a uma única região da Justiça Federal, a competência será dos Tribunais Regionais Federais (aplicação analógica do art. 6º da Lei nº 7.701/88);
>
> - para os servidores estatutários estaduais ou municipais, em caso de controvérsia restrita a uma unidade da Federação, a competência será do respectivo Tribunal de Justiça (também por aplicação analógica do art. 6º da Lei nº 7.701/88) (2010, p. 179).

É adequado mencionar que a greve a que se faz menção neste artigo é a do servidor público civil, já que a Emenda Constitucional nº 18/1998 vedou a sindicalização e a greve ao militar, com o fundamento de que "[...] as características peculiares em que se enquadram os militares, lhes sendo atribuídas funções que distinguem de qualquer outra função exercida pelas demais categorias de agentes públicos" (NUNES; CARVALHO, 2017, p. 62).

Ao dispor sobre a impossibilidade de greve para essa classe de trabalhadores, Nunes e Carvalho (2017) expressam opinião de que o legislador parece ter se equivocado, porquanto tal cenário gera nítida desigualdade, deixando de salvaguardar esse direito fundamental aos militares. Todavia, mesmo esse questionamento deve ser analisado no confronto do dever de agir do Estado frente aos interesses do(s) cidadão(s). Se no que diz respeito aos deveres dos servidores civis já se tem alguma ressalva quanto ao direito de greve, no que se refere aos serviços de militares se deve ter maior cuidado de análise, já que se trata da segurança pública, serviço essencial a ser prestado.

Por fim, cabe ressalva ainda a manutenção de serviços essenciais da população, conforme se se tem mencionado quando se defende a satisfação do interesse público. No que diz respeito aos serviços essenciais, o direito a greve é limitado ao exercício mínimo de profissionais a atenderem as demandas da população, conforme tem decidido o Tribunal de Justiça do Rio grande do Sul:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE ILEGALIDADE DE GREVE. SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS. MÉDICOS LOTADOS NA SECRETARIA MUNICIPAL DA SAÚDE. MUNICÍPIO DE CAXIAS DO SUL. [...] Caso em que deferida a antecipação da tutela para assegurar o direito de greve de profissionais filiados a sindicato médico, desde que condicionado à manutenção de no mínimo 50% dos médicos integrantes do sindicato para os atendimentos que não forem urgentes e de emergência, além da prestação de 100% dos atendimentos de urgência e emergência. [...] AGRAVO DE INSTRUMENTO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJRS, 2011, s.p.).

Verifica-se que mesmo sendo assegurado o direito a greve a determinadas categorias profissionais, as atividades essenciais à população precisam continuar funcionando com o mínimo do efetivo a fim de resguardar-lhes de quaisquer danos. Entende-se que este é o mínimo que pode decorrer das garantias que os servidores públicos têm asseguradas no sistema constitucional brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teceu considerações acerca do direito de greve no serviço público a partir da interpretação do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, frisando quais são os limites estabelecidos para o seu exercício na legislação pátria, mas principalmente, na consolidação jurisprudencial.

É necessário mencionar que a reflexão a respeito do tema é de extrema importância, já que o direito de greve auxilia no balanceamento das relações de trabalho. Deve-se, entretanto, deixar claro que no Brasil vigem dois sistemas de trabalho, um que é próprio da iniciativa privada, regido pela Consolidação das Leis Trabalhistas, a CLT; outro, que é próprio do serviço público, como abordado neste texto, que é o regime estatutário. Por este motivo o que se busca analisar no presente artigo é como o direito de greve pode ser exercido dentro dos serviços públicos considerados essenciais e qual os reflexos dessa medida.

Conforme elucidado no primeiro ponto deste artigo, o direito ao exercício da greve por parte dos trabalhadores é recente no ordenamento jurídico brasileiro, em um primeiro momento trata-se de conduta vedada e mal-vista, comparada a motim e a desobediência. Em que pese as restrições, greves continuam ocorrendo e, a partir da Constituição Federal de 1988, se torna um direito constitucional. Esse direito, entretanto, nem sempre foi aceito pacificamente, razão por que seguidamente volta o tema à análise do Supremo Tribunal Federal, como supramencionado. Desde 1994 o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a omissão legislativa quanto ao direito de greve de servidores públicos, tendo, inclusive, determinado que fosse utilizada por analogia a legislação do setor privado, demonstrando a inércia do Poder Legislativo em regulamentar as normas constitucionais.

Com a tese de repercussão geral fixada pelo STF no Recurso Extraordinário nº 693.456/RJ, uniformizou-se o entendimento de que a greve dos serventuários públicos configura suspensão do trabalho, desobrigando o ente público de pagar os dias não trabalhados, com a ressalva de a greve ter sido provocada por conduta ilícita do ente.

Ainda, quanto a classe específica responsável pela segurança pública, os policiais militares, que diariamente percorrem as ruas do país com o propósito de garantir a segurança da população, a licitude de greve foi expressamente vedada, sendo esclarecido o entendimento de que aos militares são atribuídas funções que se distinguem de qualquer outra exercida pelas demais categorias de agentes públicos. Respondendo a primeira questão posta como diretriz do trabalho se verifica que não é pacífico o posicionamento doutrinário a respeito da validade da greve de todas as categorias servidores públicos. Tal situação se comprova a partir do entendimento, por exemplo, de que se trata de uma situação de nítida desvantagem em relação ao poder público, que decide sobre os ganhos e condições de trabalho, por exemplo, tendo a ciência de que estes profissionais não poderão parar suas atividades devido as especificidades das suas funções. Todavia, diante de alguns argumentos levantados no decorrer do texto, fica claro que na contraposição do direito de greve dos servidores em geral frente ao interesse público, deve-se primar, em primeiro lugar, pela satisfação dos interesses dos cidadãos, já que os servidores têm garantias constitucionais que só a eles são asseguradas.

Como resposta à segunda questão posta, a respeito das circunstâncias em que pode ser aceito o direito de greve como um movimento legítimo dos servidores no contexto do dever legal estatal de bem servir aos cidadãos, fica claro, a partir da exposição, que somente em caso de ação ilícita do poder público é que será cabível o movimento paredista. É a compreensão que resulta do entendimento, principalmente, dos julgados do STF. Confirma-se, portanto, a hipótese levantada, pois consoante explanado no decorrer do trabalho, o direito de greve é assegurado aos servidores públicos; entretanto, ante a lacuna legislativa, deverão ser aplicadas as normas relativas à iniciativa privada, sempre com a ressalva dos serviços públicos essenciais e dos militares.

Analisando as hipóteses iniciais, pode-se dizer que a primeira, que compreende que o direito de greve deva ser assegurado aos servidores públicos civis, tendo em vista se tratar de um direito fundamental que visa combater arbitrariedades do poder público, é verdadeira, entendimento que decorre do próprio posicionamento do STF, como supramencionado. A segunda hipótese também deve ser considerada verdadeira, pois o direito de greve não é ilimitado, já que o serviço público não pode parar pois a ele se contrapõe os direitos dos cidadãos, que consistem na incumbência de prestação de serviços públicos do ente estatal. Finalmente, a terceira hipótese, de que o direito de greve deve ser compreendido com ressalvas, também é verdadeira, já que em primeiro lugar está o dever de atendimento ao interesse público, razão pela qual não se admite o exercício da greve pelos militares. Deve-se compreender, portanto, que o serviço público, ao atender à sociedade, deve ser reconhecido como de interesse público, razão pela qual termina gerando limitações ao direito de greve.

Ademais, resulta a compreensão de que o direito de greve dos servidores públicos ainda está em construção e que alguns pontos específicos ainda não são pacíficos em razão, principalmente, pela falta de regulamentação da Constituição Federal de 1988. Se ainda não há legislação específica acerca do tema, a qualquer tempo pode ocorrer alguma inovação na regulamentação legal, de forma que o assunto ainda tem muito a ser debatido, especialmente como resposta ao direito dos cidadãos a receberem um bom serviço público que bem atenda às necessidades da sociedade.

REFERÊNCIAS

BERWIG, Aldemir. **Direito Administrativo**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2019. 456 p.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil. 1946.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 26 mar. 2021.

_____. **Emenda Constitucional nº 18, de 5 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre o regime constitucional dos militares. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc18.htm. Acesso em: 26 mar. 2021.

_____. **Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7783.HTM. Acesso em: 20/03/2021.

_____. Senado Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil. 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 28 mar. 2021.

FRAGA, Ricardo Carvalho; VARGAS, Luiz Alberto de. Greve dos Servidores Públicos e STF: o direito de greve dos servidores públicos após a decisão do Supremo Tribunal Federal. *In:* **Rev. Trib. Reg. Trab.** 3ª Reg., Belo Horizonte, v. 51, n. 81, p. 155-173, jan./jun. 2010.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **A Greve do Servidor Público Civil e os Direitos Humanos.** 2001. Disponível em: https://www3.usf.edu.br/galeria/getImage/252/22453452681637012.pdf. Acesso em: 20 mar. 2021.

MALLON, Luiza Beckhauser. **Greve dos Servidores Públicos Civis:** considerações acerca da aplicação analógica da Lei nº 7.783/1989 (Lei de Greve). Florianópolis, 2016. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/171314/tcc%20%20

com%20corre%C3%A7ao.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 19 mar. 2021.

NUNES, Júlia de Melo; CARVALHO, Wilton Resplande de. Direito de greve dos servidores públicos e a proibição aos militares**.** *In:* **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região**, Brasília, DF, v. 21, n. 1, p. 57-72, jun. 2017. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/110514. Acesso em: 20 mar. 2021.

STF. **Recurso Extraordinário nº 693456/RJ.** Rel. Min. Dias Toffoli. j. 27 out. 2016. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13866341. Acesso em: 26 mar. 2021.

TJRS. **Agravo de Instrumento Nº 70041810144.** Quarta Câmara Cível. Rel. José Luiz Reis de Azambuja. J. 22 jun. 2011. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/. Acesso em: 26 mar. 2021.

_____. **Mandado de Segurança Coletivo Nº 70083578070**. Rel. Tasso Caubi Soares Delabary. J. 28 set. 2020. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/. Acesso em: 20 mar. 2021.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: A MORTE DE DETENTOS NO CÁRCERE BRASILEIRO

Morgana Patricia Webers Bonfanti[19]
Tainara Mariana Mallmann[20]
Aldemir Berwig[21]

INTRODUÇÃO

A vida na sociedade moderna pressupõe o respeito ao outro. Os postulados que possibilitam esta compreensão são construídos a partir das revoluções do século XIX, quando se coloca na ordem primeira, a ideia de igualdade, liberdade e fraternidade. Neste contexto, igualmente é construída a ideia de Estado de Direito e, a partir dela, se passa a compreender que todos se submetem à lei, de forma que não importando sua conformação, seja ela pessoa física ou jurídica, há de responder por este respeito.

19 Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ).

20 Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ).

21 Doutor e Mestre em Educação nas Ciências pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ. Graduado em Direito e Administração, ambas pela UNIJUÍ, MBA em Investimentos e Private Banking pela IBMEC São Paulo, especializado em Direito Tributário pela UNISUL. Professor adjunto e Coordenador do Comitê de Ética em Pesquisa (CEP) na UNIJUÍ.

Evidentemente, os pressupostos apontados acima não podem ser observados como regra absoluta, já que sua interpretação se dará em cada contexto específico, mas servem de princípios à vida civilizada e possível. Assim, passa a se reconhecer no Estado a pessoa jurídica que terá a competência ou incumbência de organizar essa vida possível, de modo que cria a lei jurídica, utiliza seu aparato para controlar os ânimos excedentes e impõe sua vontade com o uso da força legal. Força esta, sempre possibilitada a partir da instituição de suas estruturas, as quais são, em tese, sempre respeitadas. Pelo menos, essa invenção da mente humana se desenha como o instrumento possível de uma vida razoável em sociedade, que desborda daquele contrato social imaginado por Hobbes, justamente porque possibilita que o ser humano tenha uma tranquila vida sem o temor de que o outro o desrespeite, principalmente em sua dignidade.

E aí entra o papel regulador do Estado. Como regulador das relações sociais, o Estado tem o duplo papel de garantir o bem-estar e a segurança da sociedade em qualquer situação, mas nesta concretização exerce o poder de polícia para retirar da circulação as pessoas que desrespeitam a relação social com o outro e andam à margem daquilo que é estabelecido na ordem jurídica como uma conduta esperada de qualquer membro da sociedade. É nesse contexto que o próprio Estado termina sendo o responsável por uma ação de respeito aquele que foi retirado do convívio social e está recluso em um sistema penitenciário. Mesmo nessas condições, o sujeito retirado do convívio social deve ter seu direito respeitado à vida digna.

É justamente em homenagem ao princípio da dignidade da pessoa humana, previsto na Constituição Federal de 1988 que o presente artigo cientifico apresenta a possibilidade de responsabilização estatal na hipótese de morte de detentos em penitenciárias brasileiras. A responsabilização, evidentemente, parte da premissa de que o Estado tem o dever cautelar de retirar o sujeito desviante do convívio social, recuperá-lo e, portanto, garantir a preservação da vida.

Nesse contexto, o objetivo principal do trabalho é analisar os limites de responsabilização do Estado pela morte de indivíduo(s) preterido(s) de sua liberdade, que encontra(m)-se sob a custódia e proteção estatal, quando o Estado deve ser o ente garantidor da integridade e dos direitos fundamentais desse(s) recluso(s). Desta feita, o trabalho busca responder em

quais casos de morte de detento(s) recolhido(s) em unidades prisionais, incide a responsabilidade civil do Estado.

Trata-se de pesquisa de natureza observacional, abordagem qualitativa e exploratória. A realização do estudo utiliza-se do procedimento técnico bibliográfico, servindo como fonte as produções doutrinárias e trabalhos acadêmicos, entre outros, além de jurisprudências e legislações no âmbito nacional. Adota-se o método de desenvolvimento hipotético-dedutivo, apresentando três hipóteses condutoras a fim de que seja possível a reflexão crítica sobre o tema e a exposição dos resultados.

A partir do contexto supramencionado se colocam as seguintes questões que vão orientar o estudo: (a) por quais razões vai se falar apenas em responsabilidade civil do Estado? (b) como a responsabilidade vem sendo imputada ao Estado pelo Poder Judiciário? (c) é possível responsabilizar o Estado mesmo quando o indivíduo é o responsável pela própria morte, quando está recluso, como no caso de suicídio?

Como diretriz para o desenvolvimento da pesquisa se trabalha com as seguintes hipóteses: (a) em razão da incapacidade e ineficiência reeducadora do Estado, justifica-se sua responsabilidade civil, já que não cabe falar em responsabilidade penal do Estado; (b) a responsabilidade civil vem sendo imputada tanto por ação como por omissão estatal; (c) a responsabilidade estatal é cabível mesmo em razão de suicídio do detento.

A partir dessas diretrizes, o artigo está estruturado da seguinte forma: a primeira seção aborda a noção geral de responsabilidade civil, conceituando e discorrendo notas gerais sobre o tema, bem como apresentando a sua evolução histórica; a segunda seção aborda considerações a partir da análise de jurisprudências sobre a responsabilidade civil do Estado em casos de morte de detentos, inclusive na hipótese de suicídio, pois quer se entender como ocorre a tutela do Estado nessas condições.

1. NOÇÃO GERAL DE RESPONSABILIDADE CIVIL E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A palavra "responsabilidade" é proveniente do latim "respondere", sendo necessário, para sua caracterização, a ocorrência do fato e sua imputação a alguém que tenha aptidão jurídica para praticar o ato ou evitar que o fato se configure. Para sua caracterização, são necessários três pres-

supostos: "[...] ação ou omissão do agente, através da violação do direito à vida, à integridade física e outros princípios consagrados no ordenamento pátrio; o dano (moral ou material) e o nexo causal" (BASTOS, 2013, p. 8-9). Evidentemente, não se pode compreender o responsável unicamente com o agente público, mas pode-se ter uma acepção mais ampla, já que se pode referir a responsabilidade à pessoa jurídica onde se encontra o agente.

É nesse contexto que se pode falar em responsabilidade do Estado. A responsabilidade civil do Estado pode ser conceituada como "[...] a obrigação de reparar economicamente o dano que o Estado causou ao cidadão em razão de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos" (BERWIG, 2019, p. 423). O fundamento da responsabilidade civil do Estado está justamente no gravame ocasionado ao sujeito que sofre o resultado da ação ou omissão estatal, seja em virtude da legalidade ou da necessidade de garantir a igualdade, evitando que os administrados sofram prejuízos em virtude da satisfação do interesse público.

Para compreender o instituto é que se parte de considerações acerca da sua evolução histórica. Inicialmente, se verifica um período de total irresponsabilidade estatal pelos danos causados aos indivíduos, a qual é sustentada, essencialmente, por duas ideias, *the king can do no wrong*[22] e *quod principi placuit habet legis vigorem*[23] (BASTOS, 2013, p. 10).

Resquício dessa compreensão, no caso brasileiro, as Constituições de 1824 e 1891 não preveem a responsabilidade da administração pública, mas apenas do agente que praticou o ato lesivo. Quando a ideia de irresponsabilidade se torna insustentável é substituída pela teoria do órgão, quando se "[...] afirma que o Estado é concebido como um organismo vivo, que realiza suas funções através de um conjunto de órgãos que o integram" (BASTOS, 2013, p. 11). Para essa teoria a vontade dos órgãos manifesta a do próprio Estado e não dos agentes humanos que nele atuam. Desse modo, na iminência de danos causados ao(s) particular(es), a responsabilidade é imposta diretamente à pessoa jurídica a que pertence o agente causador.

22 Em tradução livre, "o rei não pode errar".

23 Em tradução livre, "aquilo que agrada ao príncipe tem força de lei".

A teoria supramencionada demonstra a evolução em razão de que substitui as teorias existentes até então, nomeadamente a teoria do mandato e da representação. A primeira compreende a existência de um contrato de mandato entre o Estado e o agente público, "Mas o ponto fraco desta tese é que a pessoa jurídica só pode manifestar vontade por intermédio de pessoa física" (BASTOS, 2013, p. 12). Por outro lado, para a teoria da representação, os agentes seriam considerados representantes do Estado em uma relação congênere à curatela. O lado negativo dessa teoria, é que o Estado não teria capacidade e, portanto, "[...] não poderia ser responsabilizado por danos causados por seus agentes" (BASTOS, 2013, p. 13). É nesse contexto que, na sequência, surge a teoria do órgão, a qual se revela adequada para explicar a natureza da relação entre o Estado e de seus agentes. "O Estado manifesta vontade através de seus agentes, os quais formam uma só pessoa, tendo sido fundamental para a superação da teoria da irresponsabilidade" (BASTOS, 2013, p. 13).

No seguimento, com o liberalismo origina-se a responsabilidade subjetiva, sustentando a ideia de que o Estado seja responsável sempre que houver dolo ou culpa por parte de seus agentes, exigindo, para tanto, ação, dano, nexo causal e culpa ou dolo. Com a evolução da referida teoria, segundo Bastos (2013), surge a chamada "culpa administrativa", em que basta, para a configuração da responsabilidade, a comprovação do mal funcionamento do serviço público, o qual poderia ocorrer de três formas: pela inexistência do serviço, pelo mal funcionamento do serviço e pelo retardamento do serviço, o que ocasionaria o reconhecimento da culpa estatal.

Por fim, surge a responsabilidade objetiva, na qual a mola propulsora é "[...] a chamada teoria da culpa administrativa, com cerne no mal funcionamento do serviço, requisito para o nascimento da obrigação de indenizar" (BASTOS, 2013, p. 15). O dolo e a culpa do Estado não precisam ser comprovados, sendo necessário, apenas, a existência de nexo de causalidade entre o funcionamento do serviço público e o dano suportado pelo indivíduo. É a teoria do risco administrativo, na qual a responsabilidade admite hipóteses de exclusão do nexo causal, diferentemente do que ocorre na teoria do risco integral, aplicada, em regra, a casos ambientais, quando não admite a comprovação de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior.

2. A MORTE DE DETENTOS EM PENITENCIÁRIAS BRASILEIRAS E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Na introdução do texto se aborda a competência estatal para organizar a vida em sociedade, da qual resulta que atos particulares gravosos a outrem sejam reprimidos pelo poder de polícia do Estado. É nesta perspectiva que o Estado atua e tem suas ações regradas pelo regime jurídico administrativa (BERWIG, 2019) e tem, portanto, prerrogativas e sujeições. Esse regime pressupõe que o Estado tem poder para reprimir, mas nesta repressão, deve observar limites. Em decorrência disso, quando o fato administrativo consiste em uma ação, a responsabilidade estatal é objetiva; entretanto, quando a conduta estatal for omissiva, surge divergência acerca da natureza da responsabilidade civil (THAUMATURGO, 2018).

Nessa perspectiva é importante destacar que o motivo que leva o preso a óbito tem grande relevância para o instituto da responsabilidade civil do Estado, uma que vez que o óbito pode advir de causas naturais, criminais e de suicídio. Então, não é sempre que se pode dizer que há responsabilidade do Estado. O Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP, 2018, s.p.), através do Projeto Sistema Prisional em Números, menciona que em 1.456 estabelecimentos penais no país ocorre uma superlotação de 175%, isto é, a taxa de ocupação dos presídios brasileiros é de quase três vezes mais do que podem suportar. Esse quadro já demonstra que não há uma adequada atenção do Estado à repressão carcerária e, portanto, põe em risco a integridade dos possíveis detentos. Agrega-se a esta superlotação, o risco iminente à integridade do(s) detento(s). Neste sentido verifica-se que há uma probabilidade quatro vezes maior de detentos cometerem suicídio em relação à população brasileira total. Os dados demonstram que em 2015 são contabilizados 5,5 suicídios para cada cem mil habitantes no Brasil, enquanto, ao se tratarem de detentos a taxa é de 22,2 para cada cem mil presos, menciona Moreira (2018, s.p.).

Para maior compreensão do alastro do tema em comento, necessário se faz analisar o entendimento dos tribunais de forma escalonada. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul vem se posicionando, até mesmo em casos de suicídio de detentos, pela responsabilidade objetiva do Estado, conforme ementa que ora se colaciona:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **RESPONSABILIDADE OBJETIVA. MORTE DE DETENTO NAS DEPENDÊNCIAS DE PRESÍDIO. SUICÍDIO**. ESTADO ALERTADO SOBRE A CONDIÇÃO DE SAÚDE DO APENADO. PENSIONAMENTO. CABIMENTO. DANOS MORAIS CARACTERIZADOS.

1. O Estado do Rio Grande do Sul tem responsabilidade de ordem objetiva pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, nos termos do § 6º, do art. 37 da CF.

2 O Estado demandado apenas se desonera do dever de indenizar caso comprove a ausência de nexo causal, ou seja, prove a culpa exclusiva da vítima, fato exclusivo de terceiro, caso fortuito, ou força maior.

3. Ao Estado, quando restringe a liberdade de qualquer cidadão, é imposto o dever de vigilância e guarda dos seus detentos. Ao passo que, aos presos é garantida constitucionalmente à integridade física e moral. Inteligência do art. 5º, inc. XLIX, da Constituição Federal.

4. O presente feito versa, em verdade, sobre responsabilização objetiva do Poder Público com base na omissão específica do Estado, diante do alegado dever especial de agir para impedir a ocorrência do evento danoso noticiado nos autos. Deste modo, se o Estado assim não atua para consecução do objeto previsto legalmente, a omissão passa a ser a causa direta e imediata do resultado que aquele deveria atuar para evitar a ocorrência deste.

5. **No caso dos autos restou devidamente configurada a responsabilidade do ente público.** Presente nos autos a conduta omissiva dos agentes responsáveis pela guarda dos indivíduos recolhidos naquele local, porquanto foram cientificados do estado de saúde peculiar do detento, que exigia maiores cuidados, capazes de evitar o evento morte ocorrido.

6. Reconhecida a responsabilidade do Estado pelo evento danoso, exsurge o dever de ressarcir os danos daí decorrentes, como o

> prejuízo imaterial ocasionado, decorrente da dor e sofrimento da parte autora, em razão da perda de seu pai.
>
> 7. No que tange à prova do dano moral, por se tratar de lesão imaterial, desnecessária a demonstração do prejuízo, na medida em que possui natureza compensatória, minimizando de forma indireta as consequências da conduta do demandado, decorrendo aquele do próprio fato. Conduta ilícita do demandado que faz presumir os prejuízos alegados pela parte autora, é o denominado dano moral puro. [...] (TJRS, 2018, grifou-se).

Na decisão em comento, observa-se que o Estado está devidamente ciente do estado de saúde do detento, contudo não adota qualquer cautela a fim de evitar o evento danoso. A tese de defesa do Estado, culpa exclusiva da vítima decorrente de suicídio, não tem acolhida pelo Tribunal, restando desprovido o recurso. Decorre, em razão disso, a condenação do Estado ao pagamento de indenização aos familiares do preso.

No entanto, há também o entendimento de que pode se tratar de responsabilidade subjetiva, "[...] cabendo ao particular comprovar o nexo de causalidade entre a omissão estatal (inexistência do serviço, deficiência do serviço ou atraso na prestação do serviço) e o dano ocasionado" (THAUMATURGO, 2018, p. 08). Ou seja, em contrapartida, quando não é possível verificar a existência de nexo de causalidade entre a ação ou omissão estatal, não há que se falar em indenização. É que se extrai da apelação nº 70083852772, cuja ementa ora se colaciona:

> APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. MORTE DE DETENTO. SUICÍDIO. OVERDOSE MEDICAMENTOSA. DEPRESSÃO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. ART. 37, § 6º DA CF/88. **AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE O EVENTO MORTE E OMISSÃO DO ENTE PÚBLICO**. Hipótese em que se percebe que durante todo o tempo em que esteve recluso, foi realizado o tratamento psicológico do apenado, não havendo que se falar em omissão do ente público quanto as condições da doença em que era portador. Além disso, seria frágil afirmar que a condição psíquica ou saúde mental do autor seria pelas condições

> do Presídio, posto que tal enfermidade pode ter como causa uma série de fatores que transcendem ao ambiente carcerário. Nessa ordem de ideias, consoante se extrai dos autos, o evento morte se deu por sua própria conduta, circunstância que rompe o nexo causal entre a conduta/omissão do Estado e o evento morte. Sentença de Improcedência mantida. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. UNÂNIME (TJRS, 2020, grifou-se).

No caso, no entendimento do órgão julgador, o evento danoso morte é decorrente de conduta exclusiva da vítima, não havendo elementos necessários para a caracterização da omissão do Estado e, por derradeiro, não se configura o nexo causal. Não se caracterizando a omissão do Estado não se admite a responsabilização pelo evento morte, pois esta torna-se inadequada. O ente público deve ser garantidor dos direitos fundamentais do detento, preservando sua incolumidade física e moral, de modo que quando é impossível a ação estatal para evitar o resultado, o nexo de causalidade é rompido.

No mesmo norte, o Supremo Tribunal Federal (STF) possui o entendimento de que a responsabilidade estatal será objetiva, entretanto, para a sua caracterização deve existir uma imposição legal específica de agir para impedir que o resultado ocorra (THAUMATURGO, 2018). Em 04 de outubro de 2012 o STF julga o Recurso Extraordinário nº 841.526 com tese de repercussão geral. No caso, a Defensoria Pública da União, atuando como *amicus curiae,* defende a tese de responsabilidade objetiva do Estado, alegando que o fato do cidadão estar sob vigília do Estado é suficiente para responsabilizar objetivamente o Estado. O Relator do recurso, ministro Luiz Fux, frisa que o Estado tem o dever de zelar pela integridade física do apenado, de modo que independente da *causa mortis*, a responsabilidade civil do Estado é objetiva. Na integralidade do seu voto, o ministro se refere à pretensão punitiva do Estado e no princípio da dignidade humana:

> O Estado Democrático de Direito, onde todos são iguais perante a lei, não pode admitir que alguns indivíduos sejam privados dos seus direitos fundamentais, mesmo que tenham eles atentado contra os bens jurídicos mais relevantes para a sociedade, que o Direito

> Penal busca tutelar. A pretensão punitiva do Estado, conquanto deva ser exercitada plenamente, deve respeitar os direitos que os acusados ou apenados, como qualquer ser humano, têm assegurados pela ordem jurídica. Em resumo, devem ser tratados como seres humanos (STF, 2016, p. 25).

Este entendimento é condizente com a expressão já manifestada na introdução deste trabalho, de que, de acordo com a Constituição Federal, nem mesmo o Estado pode desrespeitar a integridade de qualquer pessoa, principalmente quando assume sua tutela para resguardar os direitos de todos os outros cidadãos.

No que tange ao suicídio, a Ministra Carmen Lúcia destaca, em seu voto, que a sua ocorrência não descaracteriza a responsabilidade civil estatal, tendo em vista que o Estado também possui o dever de zelar pela saúde psíquica dos detentos.

> [...] é de se relevar que o evento suicídio, por si só, não teria o condão de desnaturar a responsabilidade objetiva do Estado, ao qual também incumbe zelar pela higidez psíquica dos presos, conforme dispõe o art. 5º, inc. XLIX, da Constituição (resguardo da integridade física e moral dos presos) e inúmeros dispositivos da Lei de Execuções Penais (STF, 2016, p. 91).

Neste voto verifica-se, portanto, a possibilidade de o Estado evitar a morte do detento, seja qual for a sua causa. Se o Estado se desincumbe desse dever legal que assume ao tutelar o sujeito, haverá responsabilização. Nesse sentido, é a tese de repercussão geral fixada pelo STF (2016, p. 2): "[...] em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte do detento."

No contexto do apresentado, verifica-se um movimento no sentido da aplicação do entendimento do STF. "Com a aplicação da teoria do risco administrativo como regra no ordenamento jurídico brasileiro, consolidou-se o entendimento de que o Estado responde de forma objetiva pela morte de detento em unidade prisional" (THAUMATURGO, 2018, p. 8). Desse modo, o suicídio do detento passa a não ser considerado causa de

isenção da responsabilidade estatal, adentrando na regra geral de análise da observância ou inobservância do dever de proteção por parte do Estado.

Observa-se, no caso julgado pelo STF, que várias teses foram postas a prova, dentre elas a abrangência do que dispõe o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, dispositivo que elenca a responsabilidade objetiva do Estado nos casos de omissão pelos danos causados por seus agentes, que assim dispõe:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]
>
> § 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 responsável nos casos de dolo ou culpa (BRASIL, 1988, s.p.).

No caso em análise, há indícios de suicídio, mas também a possibilidade de se tratar de um homicídio. Desta feita, merece destaque, deve agir para resguardar essa possível e iminente ação danosa à própria integridade, em caso de suicídio, para fins de prevenção do acontecimento. Caso isso não ocorra, há adequação da responsabilidade Estatal, de modo que caso o preso demostre a qualquer tempo, a possibilidade de suicidar-se, o Estado será responsável por se omitir a prestar ajuda psíquica da qual ele necessitava. E, neste sentido, da ementa do julgado restam algumas teses definidas, como a seguir segue exposto:

> 1. A responsabilidade civil estatal, segundo a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, § 6º, subsuma-se à teoria do risco administrativo, tanto para as condutas estatais comissivas quanto paras as omissivas, posto rejeitada a teoria do risco integral.
>
> 2. A omissão do Estado reclama nexo de causalidade em relação ao dano sofrido pela vítima nos casos em que o Poder Público ostenta o dever legal e a efetiva possibilidade de agir para impedir o resultado danoso.

> 3. É dever do Estado e direito subjetivo do preso que a execução da pena se dê de forma humanizada, garantindo-se os direitos fundamentais do detento, e o de ter preservada a sua incolumidade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal).
>
> 4. O dever constitucional de proteção ao detento somente se considera violado quando possível a atuação estatal no sentido de garantir os seus direitos fundamentais, pressuposto inafastável para a configuração da responsabilidade civil objetiva estatal, na forma do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal.
>
> 5. *Ad impossibilia nemo tenetur*, por isso que nos casos em que não é possível ao Estado agir para evitar a morte do detento (que ocorreria mesmo que o preso estivesse em liberdade), rompe-se o nexo de causalidade, afastando-se a responsabilidade do Poder Público, sob pena de adotar-se *contra legem* e a *opinio doctorum* a teoria do risco integral, ao arrepio do texto constitucional.
>
> 6. A morte do detento pode ocorrer por várias causas, como, *v. g.*, homicídio, suicídio, acidente ou morte natural, sendo que nem sempre será possível ao Estado evitá-la, por mais que adote as precauções exigíveis.
>
> 7. A responsabilidade civil estatal resta conjurada nas hipóteses em que o Poder Público comprova causa impeditiva da sua atuação protetiva do detento, rompendo o nexo de causalidade da sua omissão com o resultado danoso.
>
> 8. Repercussão geral constitucional que assenta a tese de que: em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte do detento. [...] (STF, 2016, p. 1-2).

No contexto da síntese enunciada acima, verifica-se que atualmente, a tese estabelecida pela mais alta corte do Poder Judiciário brasileiro já está consolidada e beneficia famílias de vítimas da omissão estatal e dos seus membros em todo o território brasileiro. Não resta dúvida que o Estado assume o risco ao estabelecer em seu ordenamento jurídico que deve tutelar a vida das pessoas ao as retirar do convívio social e se comprometer em reeducá-los para que retornem à vida social. A perspectiva de correção

de condutas para o convívio social é uma diretriz à qual se deve incumbir o Estado na sua persecução penal, de modo que em face do descumprimento, por qualquer razão a que tenha dado causa por ação ou omissão, deve ser responsabilizado. É a partir desta análise que se pode responder aos questionamentos iniciais que serviram de diretrizes a todo o texto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo analisa os limites de responsabilização do Estado pela morte de indivíduo(s) preterido(s) de sua liberdade, que encontra(m)-se sob a custódia e proteção estatal, observando inicialmente a evolução da irresponsabilidade à responsabilidade estatal, para compreender os casos de morte de detento(s), quando encontra(m)-se recolhido(s) em unidades prisionais, em que pode incidir a responsabilidade civil do Estado.

Das hipóteses apontadas na introdução, pode-se verificar que todas são verdadeiras, pois: (a) é justamente a incapacidade e a ineficiência reeducadora do Estado que termina afetando a integridade do delinquente; (b) não sendo possível imputar penalidade ao Estado, somente se pode falar em responsabilidade civil, a qual é imputada tanto por ação como por omissão estatal; (c) como exposto no segundo ponto, a vida psicológica de um preso, nas condições dos presídios brasileiros, com superlotação, passa a ser mais vulnerável que a dos cidadãos em liberdade, de forma que é responsabilidade estatal garantir a dignidade dos reclusos.

Considera-se, portanto, que a responsabilidade civil, instituto jurídico que tem diversas alterações em sua interpretação, sempre tem gerado polêmica e incontáveis divergências doutrinárias e jurisprudenciais, principalmente no âmbito da responsabilidade estatal. É certo, entretanto, para responder ao primeiro questionamento, que não sendo possível responsabilizar penalmente o Estado, somente se poderá falar em responsabilidade civil do Estado justamente porque esta é a única forma possível de reparar o dano ocasionado. E, neste contexto, é pertinente defender a ideia de que para oportunizar a paz social e retirar aquele que delinque do convívio social, quem termina arcando com a ineficiência estatal no cumprimento de suas competências é a sociedade, como decorrência da repartição dos ônus assumidos pelo Estado.

Conforme elucidado no primeiro ponto deste artigo e respondendo ao segundo questionamento, a responsabilidade objetiva do Estado, por ação ou omissão de sua administração, é norma recente no ordenamento jurídico brasileiro, mas que termina sendo confirmada pela interpretação jurisprudencial que consolida a ideia constitucional de dignidade humana, mesmo quando o Estado retira o sujeito da convivência social e assume a tutela de sua vida.

E finalmente, respondendo ao terceiro questionamento, com a tese de repercussão geral fixada pelo STF a partir do Recurso Extraordinário nº 841.526, tem-se a uniformização do entendimento de que a responsabilidade civil do Estado, em caso de morte de detento dentro do estabelecimento prisional, é objetiva, sendo desnecessária a comprovação de dolo ou culpa dos agentes públicos para sua incidência, mas apenas a demonstração de nexo de causalidade entre a atuação Estatal e o resultado morte, mostram-se suficientes a ensejar a indenização. Da análise dos julgados expostos resulta a interpretação de que, o Estado, por possuir a guarda do(s) indivíduo(s) em decorrência da aplicação da sanção de restrição da liberdade para garantir a paz social e a reeducação do(s) delinquente(s), ocorre conjuntamente o ônus preservar a integridade física e moral deste(s). É desta forma que termina respondendo objetivamente e pela teoria do risco administrativo, por sua ação ou omissão na morte de preso restrito a uma unidade prisional, tanto na hipótese de homicídio como de suicídio.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Gabriela de Oliveira. **Responsabilidade Civil pela Morte de Preso.** Niterói, 2013. Disponível em: https://app.uff.br/riuff/bitstream/1/8555/1/MONOGRAFIA%20RESPONS.%20CIVIL%20PELA%20MORTE%20DE%20PRESO%20-%20GABRIELA.pdf. Acesso em: 18 mar. 2021.

BERWIG, Aldemir. **Direito Administrativo**. Ijuí, RS: Ed. Unijuí, 2019. 456 p.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. 1891.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 21 mar. 2021.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil. 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 mar. 2021.

_____. **Constituição Política do Império do Brazil. 1824.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 21 mar. 2021.

CNMP. Conselho Nacional do Ministério Público. **Taxa de ocupação dos presídios brasileiros é de 175%, mostra relatório dinâmico "Sistema Prisional em números".** 18 jun. 2018. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/todas-as-noticias/11314-taxa-de--ocupacao-dos-presidios-brasileiros-e-de-175-mostra-relatorio-dinamico-sistema-prisional-em-numeros. Acesso em: 03 abr. 2021.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A realidade carcerária do Brasil em números.** 2 jul. 2018. Disponível em: http://www.justificando.com/2018/07/02/realidade-carceraria-do-brasil-em-numeros/#_ftn5. Acesso em: 03 abr. 2021.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 841.526** - Rio Grande do Sul. J. 30 mar. 2016. Rel. Luiz Fux. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11428494. Acesso em: 18 mar. 2021.

THAUMATURGO, Paula Lira de. **Morte de Detento e a Responsabilidade Civil do Estado.** Rio de Janeiro, 2018. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2018/pdf/PaulaLiradeThaumaturgo.pdf. Acesso em 18 mar. 2021.

TJRS. **Apelação Cível n° 70077247716.** 5ªCâmara Cível. J. 29 ago. 2018. Rel. Jorge Luiz Lopes do Canto. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/. Acesso em: 26 mar. 2021.

_____. **Apelação Cível n° 70083852772.** 6ªCâmara Cível. J. 28 maio 2020. Rel. Luís Augusto Coelho Braga. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/. Acesso em: 26 mar. 2021.

ANÁLISE DOS APARELHOS PÚBLICOS DE COMBATE À CORRUPÇÃO E À FRAUDE

Rubens Arcelino Feliciano Júnior[24]

1. FUNDAMENTOS DAS INSTITUIÇÕES PÚBLICAS RESPONSÁVEIS PELO CONTROLE INTERNO E EXTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL

Ao se tratar de Administração Pública, em sentido lato senso, diretamente se atribui um estudo constitucional, haja vista que a própria Constituição Federal de 1988 inaugurou as diretrizes, fundamentos e constitui obrigações e limites para os atos da Administração Pública, praticados pelos seus agentes. Para se compreender a necessidade da atividade fiscalizadora, é imprescindível conhecer o conceito do vocábulo "controle", que será o balizador de toda a atividade fiscalizatória dos órgãos que passarão a ser analisados.

Cavalheiro e Flores (2007) explicam que a palavra "Controle" em sua origem, já trazia como função principal, justamente, "atestar dados" para que a atividade se desse de maneira eficiente. Como se vê,

> [...] controle é uma palavra originada na França – contre-rôle – que era um registro efetuado em confronto com o documento original

24 Graduado em Letras pela Universidade Federal de Goiás (UFG) e estudante no Curso de Direito da Faculdade Evangélica Raízes.

> com a finalidade de verificação da fidedignidade dos dados. Ela é citada como ações necessárias para se obter o sucesso em qualquer atividade. (CAVALHEIRO; FLORES, 2007, p. 20)

No Brasil, o fundamento constitucional de instituições de controle está intrinsecamente ligado ao estandarte da democracia. Dessa forma, só existe plena democracia quando seus equipamentos estatais funcionam de modo a preservar e garantir a funcionalidade do estado, tendo como fim o bem público e a prestação de serviço eficiente.

Para Flávio da Cruz e José Osvaldo Glock, controle é muito mais que uma verificação de dados, é uma formação mais complexa que se aplica em constância com a atividade exercida, a fim de se alcançar um padrão estabelecido. Portanto, controle para os autores é

> Qualquer atividade de verificação sistemática de um registro, exercida de forma permanente ou periódica, consubstanciado em documento ou outro meio, que expresse uma ação, uma situação, um resultado etc., com outro objetivo de se verificar se existe conformidade com o padrão estabelecido, ou com o resultado esperado, ou, ainda, com o que determinam a legislação ou as normas. (CRUZ; GLOCK, 2003, p. 17).

Nessa esteira, ao ser observada a Carta Magna, vê-se que a Administração Pública está sob um controle rígido de suas atividades na atualidade, embora não tenha sido assim em todo o período da história no Brasil. Pode-se dizer que o país atualmente construiu um complexo sistema de controle e acompanhamento.

A catedrática do Direito Administrativo, professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, afirma que a finalidade do controle na Administração Pública é

> [...] assegurar que a Administração atue em consonância com os princípios que lhes são impostos pelo ordenamento jurídico, como os da legalidade, moralidade, finalidade, publicidade, motivação, impessoalidade, em determinadas circunstâncias, abrange também o controle chamado de mérito e que diz respeito aos aspectos discricionários da atuação administrativa. (DI PIETRO, 2009, p. 724)

Os órgãos que serão analisados foram criados com o intuito de forçar o Estado a obedecer aos princípios impostos, acompanhando as relações do poder público com o meio privado, trazendo transparência e inibição aos desvios dos padrões éticos e morais da República. Para tanto, tais instituições em estudo foram regulamentadas por leis infraconstitucionais com claras determinações, funções e campo de atuação dentro e fora da administração pública, seja ela municipal, estadual ou federal.

Será a partir do prisma da proteção da res pública (coisa pública), que se pretende compreender os fundamentos de três órgãos essenciais de controle e combate à Corrupção no país, o Tribunal de Contas da União, como órgão técnico externo, independente, auxiliar do Poder Legislativo; o Ministério Público da União, órgão externo e independente de fiscalização, responsável pela defesa da ordem pública, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis; bem como destacar a relevante função da Controladoria-Geral da União, como órgão interno de fiscalização e assessoria do poder Executivo.

1.1. EMBASAMENTOS CONSTITUCIONAL E LEGAL NA CRIAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES TCU, MPU E CGU E SUAS FUNÇÕES

A formação das instituições de combate à corrupção e aos desvios se deu a partir da Constituição Federal de 1988; naquele momento da criação da carta, a Assembleia Constituinte já "sofria" a influência de tratados internacionais que abrangem vários aspectos em relação ao controle das ações administrativas. Para tanto, estabeleceram-se três instituições, cujas funções precípuas são a avaliação, fiscalização e correição de atos em suspeição.

A Constituição Federal concedeu ao Tribunal de Contas da União, Ministério Público da União e à Controladoria Geral da União a função de controlar e punir os agentes públicos, bem como pessoas comuns ou instituições as quais recebam recursos públicos, quando em situações de afronta direta ao direito positivado na Carta Magna.

A partir de agora, serão apontados os embasamentos constitucionais e legais para a criação do TCU, MPU e CGU, com interesse de apontar a firmeza das instituições na legislação pátria. Em primeiro momento, resta

cabível esclarecer que algumas instituições brasileiras já se encontravam nas Constituições anteriores a 1988, mas que, "assumiram" uma posição proativa contra a corrução a partir da Assembleia Constituinte de 1987.

Coelho (1958) afirma que a ideia de um Tribunal de Contas no Brasil se deu no primeiro momento, a partir de uma Corte de Contas, com a função fiscalizatória das contas públicas, no Alvará 28 de junho de 1808, com a criação do chamado "Erário Régio ou Tesouro Real Público". Tal controle do Erário Régio estava sob o domínio do Poder Moderador. Esse é o primeiro momento de controle de gastos pela administração pública. Coelho (1958) também informa que naquele instante a Corte de Contas ainda não possuía o caráter punitivo, apenas se iniciava um novo período de verificação de dados, os quais poderiam fornecer ao governante um panorama de gastos, escrituração e contabilidade.

Foi a partir das manifestações do Ministro da Fazenda da recém-criada República, Rui Barbosa, que, após uma célebre exposição de motivos, conseguiu-se a aprovação, por decreto, da criação do Tribunal de Contas. Através do decreto nº 966-A de 07 de novembro de 1890, com a assinatura de Marechal Manoel Deodoro da Fonseca, foi instituído o novo tribunal, conforme exposto por Coelho (1958).

Na Constituição de 1988, ficou estabelecido o Tribunal de Contas da União, em seus artigos 71 e incisos, como se vê: "O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União" (BRASIL, 1988). No artigo 73, está descrita a composição do tribunal: o Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96" (BRASIL, 1988).

Em novembro de 1992 foi instituído, pela Lei nº 8.443/1992, o regimento Interno do Tribunal de Contas. Constam da Lei a natureza jurídica, competência do tribunal, jurisdição, julgamento e fiscalização, organização e a atuação do ministério público de contas. Por outro lado, como órgão independente, foi formalizado o Ministério Público da União, órgão essencial para o desvelamento de atos criminosos, obscuros, duvidosos ou suspeitos; é o responsável por investigar todos os envolvidos nos atos que importam a defesa da ordem jurídica, bem como dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

A Constituição Federal, em seu artigo 127, determina a perenidade do Ministério Público, como uma instituição permanente, sendo esse órgão essencial à função jurisdicional do Estado. É no mesmo artigo que está disposta a essencialidade de um órgão que vela pela manutenção do regime democrático de direito, como um guardião do regime e de seus pilares. A partir de lei específica, o Ministério Público teve suas funções discriminadas, abrangência e jurisdição reguladas. Tal lei foi assinada em 20 de maio de 1993, a Lei complementar nº 75, que discrimina todas as responsabilidades do Ministério Público, bem como sua composição, de acordo com o artigo 128 da Carta Magna.

Por ordem expressa da Constituição de 1988, o Ministério Público deverá exercer o controle externo, requisitar diligências investigatórias, pode ainda assumir outras funções que sejam de averiguação, como se analisa dos incisos VII, VIII e IX do artigo 129:

> VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;
>
> VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;
>
> IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas. (BRASIL, 1988).

É a partir desses incisos que se verifica a legalidade e constitucionalidade na condução de diversas ações divulgadas pela mídia nacional, através das operações contra fraude e desvios de recursos públicos.

No Poder Executivo, a ordem de correição e aprimoramento de decisões está a cargo da Controladoria Geral da União. Inicialmente criada com o nome de Corregedoria-Geral da República, não é um órgão independente como o Tribunal de Contas ou o Ministério Público, mas funciona inserido em um ministério, o que significar dizer que sua existência dependerá da discricionariedade do Presidente da República.

Por ser órgão discricionário, a criação da Corregedoria-Geral da União se deu em 2001 através da Medida Provisória 2.143-31, como órgão

ligado ao Poder Executivo. No ano de 2003, foi publicada a Lei 10.683, transformando a Corregedoria em Controladoria-Geral da União. Com a mudança, o órgão passou a exercer suas atividades regidas pela Constituição Federal com status de Ministério. Assim, o representante da instituição é um agente escolhido pelo presidente com as prerrogativas e obrigações determinadas pelo artigo 87 da Carta Magna:

> Os Ministros de Estado serão escolhidos dentre brasileiros maiores de vinte e um anos e no exercício dos direitos políticos.
>
> Parágrafo único. Compete ao Ministro de Estado, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei:
>
> I - exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência e referendar os atos e decretos assinados pelo Presidente da República;
>
> II - expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos;
>
> III - apresentar ao Presidente da República relatório anual de sua gestão no Ministério;
>
> IV - praticar os atos pertinentes às atribuições que lhe forem outorgadas ou delegadas pelo Presidente da República. (BRASIL, 1988)

Pela Lei nº 13.844, de 18 de junho de 2019, se estabeleceu que a Controladoria-Geral da União faria parte do ministério do atual governo – em 2020 –, como o vigésimo sexto ministério. O artigo 52, em seus dez incisos, determina as funções do Ministro de Estado da Controladoria-Geral da União, cujo teor está diretamente ligado ao combate de desvios e fraudes, além de medidas que inibam a prática da corrupção. Para a composição do órgão, foi criado o comando disposto no art. 7º do Decreto nº 9.681, de 3 de janeiro de 2019, em que oficializa o poder do Ministro para a criação de um Regimento Interno, composto das descrições de competências e atribuições de seus membros.

Todas as Leis e Decretos que compõem a formação da Controladoria Geral obedecem ao disposto no artigo constitucional de número 74, que obriga "Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário" manter "de forma integrada, sistema de controle interno" (BRASIL, 1988). É este o

esteio principal da formatação de um órgão específico e interno do Poder Executivo Federal, cujas ações serão descritas a seguir.

1.2. MODO DE ATUAÇÃO DO TCU, MPU E CGU NO COMBATE AOS ATOS FRAUDULENTOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Na prática administrativa há de se destacar a expressão advinda da separação dos poderes, criada pela teoria do Barão de Montesquieu, o chamado sistema dos "Freios e Contrapesos". É a partir dessa perspectiva que se compreenderá as atuações de cada instituição e contribuição na manutenção da democracia do país.

Incialmente, a teoria dos Freios e Contrapesos trata da separação entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Dada essa separação preliminar é que se torna possível a verificação das atuações de cada instituição, em análise neste trabalho. Na perspectiva da divisão mencionada foi escolhida intencionalmente uma instituição que auxilia o Poder Legislativo, o TCU; outro que está diretamente atrelado à ordem judiciária, que é o MPU; e o órgão cujas ações impactam diretamente no poder Executivo, a CGU.

Após conhecer as etapas de criação do Tribunal de Contas, neste momento é essencial que se estenda o conhecimento na direção da atuação da instituição. O Tribunal de Contas da União (bem como os demais tribunais de contas dos Estados e dos Municípios, e em especial, do Tribunal de Contas do Município de São Paulo) mantém como função primeira o auxílio ao Legislativo, na forma contábil, legal, atos do poder Executivo e, principalmente, a tomada de contas do Chefe do Executivo.

As informações analisadas e julgadas são encaminhadas para as casas legislativas no nível federal, estadual e municipal. São essas casas que utilizarão os julgamentos e as decisões dos tribunais para a consolidação e finalização do processo de fiscalização ao Poder Executivo. Em conformidade ao Regimento Interno do TCU, em seu art. 1º, a principal função da instituição é "julgar as contas de qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União Responda" (BRASIL, 2018).

Diante do primeiro artigo do Regimento, que orienta as funções da instituição, fica clara a função primordial, que é a de acompanhar, fiscalizar e julgar todos quantos tenham algum contato com as verbas públicas federais. Segundo o regimento, também serão fiscalizados e acompanhados em seus orçamentos, planos financeiros, contábeis, operacionais e patrimoniais os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Inclui-se nas atividades mais relevantes do Tribunal de Contas da União a apreciação anual das contas do Presidente da República. Em seu art. 1º, inciso XIV, consta de sua responsabilidade "julgar e processar as infrações administrativas contra as finanças públicas e a responsabilidade fiscal tipificadas na legislação vigente", sendo que todo o processo levará a sanções e penalidades.

Desde a sua criação, o intuito do TCU é acompanhar pari passu o caminhos dos recursos públicos, com a finalidade de tornar o mais transparente possível os gastos e aplicações do erário. Assim sendo, tem com um dos seus pilares o combate à corrupção, agindo como fiscalizador de abrangência nacional.

O TCU tem o poder tanto fiscalizador como sancionador, penalizando as práticas que se desviem dos princípios regrados pelo artigo 37 da Constituição Federal, assim expresso: "A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência" (BRASIL, 1988).

Na perspectiva de controle da legalidade, bem como da sua participação no combate à fraude e à corrupção, o TCU atua em conjunto com os demais órgãos selecionados, pois através de uma rede composta pela CGU, TCU e MPF, além de outros como a Polícia Federal, é que se têm condições de analisar todas as possibilidades de tentativas de desvios. Os trabalhos de combate à prática corruptiva e fraudulenta no Brasil, passou a ser responsabilidade em conjunto, dada a importância que se tem o tema. Por isso, os Tribunais de Contas mantêm em sua equipe grupos especiais de averiguação de dados, comunicação de ações conjuntas e operações baseadas em trocas de informações.

O MPU, órgão oficial e independente, participa de todos os atos em conjunto com os demais órgãos de fiscalização interno e externos e faz parte do grupo de accountability. Melo (2007) aponta uma vasta bibliografia so-

bre as diferentes formas da accountability, cujo termo em inglês é traduzido como "Responsabilização" por atos praticados pelos agentes públicos. Nessa esteira, se verifica que o MPU tem função primordial no processamento de atos ilegais, que afrontam as leis pátrias. É o MPU que fará a aferição dos comportamentos dos agentes públicos em sua atividade, a qual deverá ser rigidamente pautada na legalidade, já que esse é um princípio irrevogável e inafastável. Para o professor Carvalho Filho, o princípio da Legalidade tem destaque na atividade pública de seus agentes, visto que

> O princípio da legalidade é reconhecidamente o mais importante em termos de função administrativa. Partindo-se da premissa de que esta função se desenvolve de forma subjacente à lei e que os agentes não têm aquela vontade livre que caracteriza os particulares em geral, não é difícil perceber que tudo quanto se processe no âmbito da Administração Pública há de estar adstrito ao que a lei determina. (CARVALHO FILHO, 2013, p. 940).

Para que seja atendida a exigência legal das atividades, o MPU é a instituição que velará pela aplicação irrestrita do Princípio da Legalidade – é esse o chamado Guardião da Lei, da Constituição. Pode-se considerar como, de modo comum, a porta de entrada para denúncias de irregularidades. O Ministério Público, por sua característica da indivisibilidade, é o responsável pela coleta de dados referentes a atos de improbidade administrativa e desvios em todas as esferas administrativas. Mormente, o MPU é quem promoverá ações de investigação, diligências, análises de dados referentes à legalidade no âmbito federal.

O MPU atua de modo constante na busca de documentos comprobatórios que apontam fragilidades legais e produz relatório de acompanhamento investigativo em parceria com as demais instituições como o COAF (Conselho de Controle de Atividades Financeiras), Polícia Federal e demais órgãos de controle externo.

Acerca do patrimônio nacional, o MPU tem a obrigação de sua defesa, bem como do patrimônio cultural e meio ambiente. Como já visto, é o órgão responsável por proteger os direitos e interesses da coletividade, em especial das comunidades indígenas, por isso também é chamado de Defensor do Povo.

Faz parte ainda das ações do órgão de fiscalização, o controle externo da atividade policial. É essa a instituição que tratará da investigação de crimes, da requisição de instauração de inquéritos policiais, da promoção pela responsabilização dos culpados, do combate à tortura e aos meios ilícitos de provas. Através da Lei Complementar nº 75/1993, os membros do MPU têm liberdade de ação tanto para pedir a absolvição do réu quanto para acusá-lo. Por outro lado, sob o prisma do Poder Executivo, está a instituição de controle interno responsável pela orientação de atos de tomadas de decisão do presidente da República, bem como fiscalizador da conduta dos agentes públicos em funções de confiança, comissão, ou funcionários públicos de investidura na carreira por concurso, os chamados efetivos.

Trata-se da Controladoria Geral da União, instituição-mor de controle e fiscalização de desvios de condutas de seus servidores, fazendo parte da moderna avaliação pelo grupo de accountability. Essa instituição é a "fiel" da aplicação dos recursos públicos federais, fazendo-se cumprir o princípio da boa administração, como aponta MAZZA (2020, p.170) "O princípio da boa administração impõe o dever de, diante das diversas opções de ação definidas pela lei para prática de atos discricionários, a Administração Pública adotar a **melhor solução** (grifo do autor) para a defesa do interesse público".

As principais ações da CGU são: auditoria e fiscalização, correição, prevenção da corrupção e ouvidoria. Estão inseridas naquelas quatro frentes de ação de forma genérica a fiscalização da Boa Aplicação dos Recursos Públicos, presando a Eficiência, Eficácia e Efetividade. Sobre o tema, o professor Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 122) ensina que o princípio da eficiência "é um desdobramento do dever maior de boa administração", apontado anteriormente por Mazza (2020).

Outra função essencial da Controladoria Geral da União é regular a aplicação dos recursos públicos de acordo com os princípios constitucionais descritos no artigo 37: Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência. A CGU tem finalidade específica de combate à corrupção, implementando políticas de controle social, promovendo a transparência dos gastos públicos após acompanhamento da aplicação dos recursos indicados nas leis orçamentárias. Cobrar integridade dos agentes da administração pública e do meio privado em contratos, também integram suas funções.

Como órgão que também compõe o accountability, a CGU tem a obrigação de dar ciência de atos irregulares e ilegais ao Tribunal de Contas da União, sob pena ao agente conhecedor da irregularidade, de responsabilidade solidária. De forma genérica, são estes os três principais órgãos da Administração Pública Federal, responsáveis pela auditoria da legalidade, transparência e combate à fraude e à corrupção.

Por se tratar de estruturas institucionais de controle relativamente novas ao se comparar com os órgãos já estabelecidos em outros países, é interessante que se notem os avanços já ocorridos na formatação, atuação e compartilhamento de informações no combate à Corrupção.

Adiante será analisada a proposta internacional e seus avanços na corrida contra os desvios praticados de modo fraudulento e na prática corruptiva. Tais avanços proporcionaram um ambiente favorável de evolução na própria legislação brasileira.

2. AVANÇO DAS INSTITUIÇÕES INTERNACIONAIS NO COMBATE À CORRUPÇÃO

Como parte de um mundo globalizado, o Brasil está inserido na discussão mundial sobre a corrução. Nesta parte do trabalho é imprescindível que se conheça como se deram as primeiras discussões sobre o tema da corrupção no mundo, tendo como principais estudiosos do assunto Patrisk Glynn, Stephen J. Kobrin e Moisés Naím, pesquisadores de Davos.

É importante que se compreenda quando foi identificada e caracterizada a globalização, quais os impactos nos governos de grandes nações, as manifestações da corrupção nessas nações. Também serão verificados os aspectos relevantes dos mecanismos atuais de controle da corrupção, visando a melhor verificação dos fatos e formas de impedimento de atuações corruptivas. Ao fim deste tópico, será avaliada a participação efetiva do Brasil nas práticas ante corruptivas, em especial não combate à lavagem de dinheiro no país com reflexos fora dele.

2.1. SURGIMENTO DAS PRIMEIRAS REFLEXÕES SOBRE A CORRUPÇÃO

Como marco para a análise sobre a corrupção em âmbito mundial estão três grandes eventos mundiais, o caso Watergate nos Estados Unidos,

queda do muro de Berlim e o fim da Guerra Fria. Tais eventos foram responsáveis por trazerem grande transformação na percepção das comunidades mundiais acerca da corrupção, geraram mudança de comportamento e iniciaram uma visão de interligação entre as nações chamada globalização.

Elliot (2002) apresenta um estudo de três pesquisadores do Fórum Econômico Mundial, Glyn, Kobrin e Naím, cujo foco foi a corrupção em âmbito mundial. A fase gênese da pesquisa se deu com a verificável diminuição do poder entre os líderes e a população, a facilidade do acesso à educação, por conseguinte, à informação. Em fase já madura da pesquisa, os analistas verificaram a maior cobrança da população por prestação de contas públicas de seus governantes.

Com o pós-Segunda Guerra Mundial, os países passaram a se comprometer com a diminuição dos domínios desenfreados de estadistas autoritários, fortalecendo a defesa do próprio ser humano. Foi neste momento que surgiram as primeiras cartas de defesa da humanidade como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Com a diminuição do poder dos grandes monarcas, a participação popular passou a integrar a dinâmica da administração, tornando-se de fato e de direito uma Administração Pública.

Ao passo das grandes transformações nos modelos de governo, passou-se a verificar a necessidade premente das prestações das contas públicas, trazendo mais transparência aos atos públicos dos mandatários da gestão pública. Os pesquisadores de Davos verificaram as estratégias de grupos que se aproveitam da ignorância da população e "catequisam" o máximo de adeptos, fazendo-os "demonizar" a abertura econômica, em nome da manutenção da ordem, com o fim escuso da manutenção do poder, a exemplo da Rússia.

De forma global, por se tratar de relações intensas entre os países, algumas entidades anticorrupção foram criadas a partir da década de 90, com cujo intuito foi de disseminar a ideia entre os países mais desenvolvidos e menos desenvolvidos, entre as mais importantes estão o Grupo de Davos, Fórum Econômico Mundial, Transparência internacional, além das recomendações da OCDE, para combater a prática de Lobby de empresas multinacionais, em países menos desenvolvidos. Nos Estados Unidos foi proposta a Lei contra Práticas Corruptas Internacionais (FCPA, sigla em inglês) em 1977, tal lei pune com multa, processos de valores

vultosos ou até prisão de envolvidos. Atualmente, 90 países mantêm departamentos ou instituições governamentais permanentes contra a corrupção, incluindo o Brasil na lista, representado pelo Ministério Público e a Controladoria Geral da União, Dalmasso (2020).

2.2. ASPECTOS MAIS RELEVANTES DOS DISPOSITIVOS INTERNACIONAIS CONTRA A CORRUPÇÃO

Um dos marcos da discussão sobre a corrupção foi a criação de lei para coibir "trocas de favores" entre agentes públicos nacionais ou estrangeiros, aprovada nos Estados Unidos em 1971. A FCPA prevê punição de agentes públicos americanos ou estrangeiros, bem como empresários que pratiquem alguma tentativa de suborno ou favorecimento de órgãos governamentais.

Na mesma esteira, no ano de 1997 e convenção em Paris, foi composta a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, tal convenção foi institucionalizada pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

O objetivo da Convenção de Combate à Corrupção da OCDE é o mesmo da lei aprovada em 1977 nos Estados Unidos, punir as pessoas envolvidas em quaisquer movimentos para a obtenção de vantagens ilícitas em transações internacionais. A convenção aponta que sejam punidos tanto pessoas físicas como jurídicas envolvidas, de forma penal ou civil, a partir da legislação de cada país.

Em vigor desde 2011, a Lei Anticorrupção do Reino Unido de 2010, tem um efeito direto no meio mercantil, todavia, está ligada ainda ao processo de legalização de quaisquer tipos de liberação documental pelo governo. A lei aponta que todo interessado em formalizar contratos com o Reino Unido, deve se precaver das rígidas regras de fiscalização governamental para a concretização do negócio.

Ian Powell, presidente e sênior partner da PWC UK, expõe a abrangência da lei britânica:

> Essa importante legislação tem ramificações potencialmente significativas para as empresas britânicas que operam em mercados

> estrangeiros, bem como para organizações comerciais estrangeiras que operam no Reino Unido. O alcance global dessa legislação significa que as organizações britânicas que operam em mercados estrangeiros poderiam ficar sujeitas a processos no Reino Unido se fossem acusadas de envolvimento em práticas de corrupção, como definido na Lei. (PWC, 2011).

A lei britânica tem como principal foco inibir os crimes de corrupção ativa ou passiva, suborno de um funcionário público estrangeiro e a contravenção corporativa de falha na prevenção de suborno. Considera-se que, se houve algum tipo de corrupção também ocorreu falhas na estrutura de controle.

2.3. INSERÇÃO DO BRASIL NOS ACORDOS INTERNACIONAIS DE COMBATE À LAVAGEM DE DINHEIRO

O Brasil incorporou ao seu sistema legal tratados importantes no combate à corrupção, sendo signatário da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, cuja aprovação ocorreu pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 125/2000, bem como promulgada pelo Decreto Presidencial nº 3.678/2000.

Tal assinatura possibilitou ao Brasil a formalizar leis penais que garantem a penalidade para as pessoas físicas. O início da tipificação se deu em duas principais direções: em direção à transação comercial internacional e do tráfico de influência, Sanches (2018). Ao que se percebe, o país teve a intenção de se adequar aos parâmetros globais de combate à corrupção, notadamente por indireta pressão dos estados membros da OCDE.Esse foi o primeiro grande salto da legislação brasileira, que passava a tipificar, torná-lo punível diretamente, com características próprias e não por analogia.

Greco (2016) destaca o preâmbulo da convenção parisiense, o qual taxativamente apresenta que "a corrupção é um fenômeno difundido nas transações comerciais internacionais", seja por meio do comércio ou de investimentos. Tal destaque é essencial para se verificar as principais preocupações da Convenção, em relação ao que se tem como corrupção, quais os

ramos mais preocupantes, bem como a categorização dos seus agentes. Na legislação brasileira, o agente público é assim categorizado no Código Penal brasileiro, em seu artigo 327, "Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública" depreende-se dessa configuração que, não importa a qualidade do sujeito para ser funcionário público, mas a atividade que exerça, para, em fim, se tornar um funcionário público.

Outro passo importante se deu em 2002 com a aprovação do Decreto Legislativo 152, promulgada pelo Decreto 4.410/02, inserindo o país na "Convenção Interamericana Contra a Corrupção" um departamento da OEA (Organização dos Estados Americanos).

A partir da convenção, o Brasil passou a incluir o grupo de países que se esforçam para a manutenção da transparência e adequação aos padrões internacionais, ou pelo menos, apresenta tais intenções. A legislação brasileira também acompanhou a definição de funcionário público estrangeiro e equiparados a essa função, assim descreve o Código Penal no seu art. 337-D.

> Considera-se funcionário público estrangeiro, para os efeitos penais, quem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública em entidades estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro. Parágrafo único. Equipara-se a funcionário público estrangeiro quem exerce cargo, emprego ou função em empresas controladas, diretamente ou indiretamente, pelo Poder Público de país estrangeiro ou em organizações públicas internacionais. (BRASIL, 2021)

É a partir dessa definição que a doutrina penal e os pensadores do Direito Administrativo, conseguem determinar quem é alcançado pela prática corruptiva. Sem essa definição o tema se tornaria de tal forma subjetivo que seria capaz de perder a essência dos vocábulos "Funcionário Público", mais ainda, se perderia o conceito quando passasse a analisar a parte internacional.

Para a reflexão, é imprescindível trazer a voz do penalista Nucci (2003), que leciona que o indivíduo nomeado pelo governo estrangeiro para que o represente oficialmente, com a concordância do indivíduo, há

uma situação de funcionário público estrangeiro. O que Nucci (2003) expressa é que, todas as pessoas envolvidas nas relações diplomáticas são responsáveis pela sua conduta, a fim de que, sejam fiscalizados, acompanhados e se necessário penalizados por uma lei fidedigna.

CONCLUSÃO

Depreende-se, do que se disse até aqui, que a legislação brasileira caminhou depressa na positivação de pontos essenciais no combate à corrupção, embora já existisse no rol de controles penais, o que se tem hoje como responsabilização dos agentes. É fiel dizer que o polo passivo dessa relação de crimes praticados por funcionários públicos nacionais ou internacionais é a Administração Pública.

Isso significa dizer que quem tem mais prejuízos é o conjunto da sociedade, já que os desvios de recursos as infrações diminuirão as aplicações de recursos em políticas públicas essenciais como a saúde, segurança, educação, entre outras frentes. Nota-se que a questão da corrupção vai além dos desvios e locupletamentos de recursos públicos diretamente, mas de nuances de facilitação de vantagens individuais ou de um grupo em determinados procedimentos em que haja o tratamento do dinheiro publico.

Por uma consequência normal de uma economia globalizada, as políticas internacionais pressionam a adequação jurídica para a composição dos interesses gerais da economia. Portanto, o Brasil passou a introduzir as intenções internacionais nos códigos penais e outros regramentos, por estar diretamente dependente do câmbio internacional.

Vê-se que, ao longo dos anos, as instituições como TCU, MPU e CGU foram se fortalecendo, ao mesmo tempo, sendo aceitas e incentivadas pela própria sociedade para que, no combate aos desvios de recursos públicos, houvesse a penalização dos indivíduos envolvidos nos crimes já tipificados no ordenamento jurídico brasileiro, bem como a fiscalização efetiva dos recursos públicos.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Atuação da Controladoria--Geral da União**. Abr.2016. Disponível em: < tcu.gov.br> Acesso em: 25 nov. 2020.

_____. **Código Penal Brasileiro**, 2021. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 10 mar. 2021.

_____. Ministério Público da União. **Sobre o Ministério Público da União**. Disponível em <http://www.mpu.mp.br/navegacao/institucional> Acesso em: 12 nov. 2020.

_____. Tribunal de Contas da União. **Boletim do Tribunal de Contas da União especial** - Ano. 37, n. 24, 2018. Brasília: TCU, 2018. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/normativos/regimentos-internos/. Acesso em: 12 nov. 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CAVALHEIRO, Jader Branco; FLORES, Paulo César. **A organização do sistema de controle interno municipal**. 4ª ed. Porto Alegre: CRCRS, 2007.

COELHO, Jurandir. **Do Tribunal de Contas como Tribunal de Justiça**. DASP - Serviço de documentação, Rio de Janeiro, 1958. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/4327/2489> Acesso em: 12 nov. 2020.

CRUZ, Flávio da; GLOCK, José Osvaldo. **Controle interno nos municípios**. São Paulo: Atlas, 2003.

CRUZ, José Aparecido da. **Controles da Administração Pública: Institutos Jurídicos em busca de sua eficácia social**. Maringá: Sinergia Casa Editorial, 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**. 10 ed. Salvador: JusPODIUM, 2018.

DALMASSO, Alexandre. **No combate a corrupção, quem é quem no mundo**. Mar. 2020. Disponível em: < https://www.lickslegal.

com/post/no-combate-a-corrupcao-quem-e-quem-no-mundo> Acesso em: 04 jan. 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

ELLIOTT, Kimberly Ann (org). **A corrupção e a economia global**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2002.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal:** parte especial. 13ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2016.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito Administrativo**. 10.ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MELO, Marcus André. **O viés majoritário na política comparada: responsabilização, desenho institucional e qualidade democrática**. **Rev. bras. Ciên. Soc**. vol. 22, n. 63, São Paulo, fevereiro, 2007. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-69092007000100003> Acesso em: 15 nov. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

POWELL, Ian. **Respondendo à Lei Anticorrupção do Reino Unido de 2010**. Informações para organizações comerciais do Reino Unido que operam em mercados emergentes, especificamente em países do BRIC. Novembro de 2011. Disponível em: <www.pwc.com.br/pt/forensics/assets/uk-bribery.pdf> Acesso em: 30 jan. 2021.

O DIÁLOGO COMPETITIVO NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES: REGRAMENTO, AVANÇOS E DESAFIOS

Camila Pereira Mendonça[25]
Cintia Barudi Lopes[26]

INTRODUÇÃO

O atual sistema de Contratações Públicas é regulado, desde o ano de 1993, pela chamada Lei Geral de Licitações nº 8.666, além da Lei do Pregão nº 10.520/2002, do Regime Diferenciado de Contratações nº 12.462/2011 ("RDC"), da Lei de Concessões e Permissões de serviço público nº 8.987/1995 e da Lei das Parcerias Público Privadas nº 11.079/2004 ("PPPs").

Ocorre que as referidas legislações licitatórias, em especial a Lei nº 8.666/93, já não mais atendem às necessidades da Administração Pública e da iniciativa privada, visto a ausência de incentivo à execução do contrato de maneira simples e eficiente, cujo objeto possa ser prestado da forma

25 Graduada em Direito (2019). Atualmente, é Advogada Júnior na área do Contencioso Estratégico na Andrade Gutierrez Engenharia S/A, atuando diretamente na área de Direito Público, com ênfase em Ações Civis Públicas, Arbitragens e processos em trâmite perante os Tribunais de Contas do país.

26 Doutora pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Professora de direito Administrativo da Universidade Presbiteriana Mackenzie e do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Avaliadora do CONPEDI. Diretora da 116ª Subseção OAB Saúde/Jabaquara. Advogada.

como contratada e prevista no edital. Tais modelos de contratações, em razão da alta carga burocrática prevista nas referidas legislações, acabam por inviabilizar o cumprimento dos serviços e dos projetos contratados, além de gerar, em grande parte dos casos, um prejuízo financeiro expressivo, seja para à Administração Pública, seja ao particular.

Esse tipo de impasse desestimula a competição e a intenção do particular de contratar com a Administração brasileira, o que acaba por ocasionar grande impacto na prestação de serviços públicos em razão do Estado não possuir condições de executar diretamente uma boa parte deles da mesma maneira que a iniciativa privada o faz. Por esta razão, foi submetido ao Senado o Projeto de Lei nº 4.253/2020 o qual atualmente, após sanção por parte do Presidente da República, deu ensejo a Lei n° 14.133, publicada em 1° de abril de 2021, denominada Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Com a aprovação dessa nova Lei, espera-se inaugurar um novo cenário de contratações públicas com menos burocracias e mais eficiência na gestão dos negócios públicos.

Nesse sentido, visando enfatizar a inovação trazida pelo novo marco legal tão esperado pela comunidade jurídica, necessária se faz a exposição do conceito e das mudanças que a referida legislação traz para as contratações públicas, além da análise de uma nova figura que passou a integrar o ordenamento jurídico brasileiro, a chamada modalidade licitatória "diálogo competitivo", que promete mudar o sistema de contratação de soluções tecnológicas e os conceitos enraizados no âmbito do Direito Administrativo.

A metodologia utilizada no artigo está fundamentada no critério hipotético-dedutivo e tem por embasamento as legislações licitatórias vigentes, artigos científicos publicados sobre a matéria e fontes doutrinárias especializadas. Nessa linha, o presente artigo está dividido em três partes. a primeira, faz-se uma breve exposição sobre a necessidade de reforma da legislação licitatória vigente, em especial da Lei nº 8.666/93, conhecida como Lei Geral das Licitações. Num segundo momento, levanta-se um panorama sobre as principais alterações trazidas pela nova Lei nº 14.133/2021, bem como expõe-se as percepções sobre as inovações que estão por vir no âmbito das contratações administrativas no Brasil. E na terceira e última parte, trazem-se as regras referentes à nova modalidade licitatória, o chamado *diálogo competitivo*, considerada uma das maiores

novidades da Lei, destacando-se seu regramento, avanços e desafios na implementação.

Conclui-se que a nova modalidade licitatória veio para agregar positivamente em termos de contratações públicas no país, em especial em relação àquelas que envolvem adoção de soluções tecnológicas. Pelo diálogo competitivo, aumenta-se a cooperação entre Administração Pública e iniciativa privada, permitindo-se ainda que o ente estatal contratante se beneficie da *expertise* das empresas licitantes no que tange às melhores soluções a serem tomadas contratualmente para o incremento do interesse público. Porém, como em todas as contratações de alta complexidade, a utilização da modalidade de diálogo competitivo requer um detalhado planejamento e aprimoramento na sua implementação, a fim de que essa modalidade de licitação possa produzir os efeitos esperados no ordenamento jurídico brasileiro.

1. ASPECTO HISTÓRICO DA LEI GERAL DE LICITAÇÕES E A EVIDENTE NECESSIDADE DE REFORMA

Primeiramente, antes de se adentrar na análise da nova modalidade licitatória – diálogo competitivo – que passará a ser uma das novas formas de contratação por parte da Administração Pública, é significativo tecer algumas considerações sobre a atual Legislação de Licitações, a Lei nº 8.666/93 e a sua evidente necessidade de reforma.

A Lei nº 8.666/93, em que pese tenha trazido uma enorme inovação ao cenário jurídico à época de sua edição, hoje não mais atende às reais necessidades da Administração Pública. Esse fato ocorre porque com o decurso do tempo as contratações públicas passaram a enfrentar diversos problemas que impactaram diretamente na prestação de serviços públicos por parte das empresas contratadas.

Os referidos impactos se traduzem, principalmente, na falta de planejamento por parte da Administração Pública quando da publicação de seus editais, consubstanciados, é claro, no quanto previsto legalmente. Além disso, outro fator que tem ocasionado o desequilíbrio econômico-financeiro das obrigações assumidas nos contratos de prestação de serviços públicos com a consequente inviabilização de sua execução é a figura da alocação indevida de riscos que prejudica, sobremaneira, a equação contratual.

Tais burocracias, de certo modo, incentivaram as práticas corruptivas por parte de agentes públicos e particulares tão comentadas no país nos últimos anos, tornando a necessidade de reforma da referida Lei ainda mais notória. Nesse sentido:

> O que precisa mudar, portanto, é a mentalidade e o comportamento dos agentes que lidam com contratações públicas: os agentes públicos, os agentes privados e os agentes de controle. A contratação publica precisa ser compreendida e manejada como um instrumento para a promoção de eficiência. (NESTER, 2020, p. 2).

Por esta razão, foi submetido ao Senado Federal o projeto de Lei nº 4.253/20 que ensejou a nova Lei de Licitações, Lei n° 14.133/2021, visando substituir a Legislação já existente e, em linhas gerais, proporcionar soluções eficazes a essas questões, especialmente por meio de um planejamento mais robusto para a real eficácia das contratações públicas, conforme será demonstrado nos tópicos a seguir.

2. A NOVA LEI DE LICITAÇÕES E UMA PERCEPÇÃO DAS INOVAÇÕES QUE ESTÃO POR VIR

A nova Lei de Licitações, Lei n° 14.133/2021, aprovada recentemente na data de 1° de abril, entra em vigor de forma imediata com efeitos que vinculam todas as contratações que envolvam a Administração Pública direta e indireta, com exceção das Empresas Públicas, das Sociedades de Economia Mista e de suas subsidiárias, cujas contratações são atualmente regidas pela Lei das Estatais nº 13.303/2016. Além disso, a Lei Geral de Licitações (Lei n° 8.666/93), bem como a Lei do Pregão (Lei 10.520/02), a Lei do Regime Diferenciado de Contratação (Lei nº 12.462/11) somente serão revogadas após o decurso do prazo de 2 (dois) anos, com exceção das alterações no Código Penal e no Código de Processo Civil que possuirão efeito de revogação e vigência imediatos.

Como dito anteriormente, a mudança legislativa se dá em razão da necessidade evidente de reforma do método extremamente burocrático que envolve as contratações públicas atuais realizadas por meio da Lei Geral de Licitações nº 8.666/1993.

Em resumo, o escopo da nova Lei é trazer mais praticidade e eficiência às contratações, visando a efetiva prestação de serviços em favor da administração, sem que existam interrupções desnecessárias que, além de elevarem os custos despendidos pelo Estado, ocasionam significativos atrasos em detrimento aos princípios que norteiam o Direito Administrativo, além de interferirem diretamente na supremacia do interesse público.

A doutrina, conforme se pode observar abaixo, já demonstrava uma significativa preocupação com a eficiência dos resultados ligados às contratações da Administração Pública:

> Todavia, o avanço em prol de uma administração de resultados parece depender, agora, de maior cuidado na normatização do tema. Nas várias frentes da administração pública, em que o compromisso com resultados se faça manifestar, o que se requer, antes de tudo, são normas que promovam segurança jurídica.
>
> A proposta aqui é de cuidar para que, diante da aspiração de uma administração pública especialmente comprometida com resultados a oferecer, haja segurança jurídica quanto ao que isto signifique ou possa significar. Do contrário, não avançaremos muito mais nas linhas de pesquisa assinaladas, enveredando-se a busca por um labirinto sem fim. (SOUZA, 2017, p. 59-60).

Nessa mesma linha:

> É necessário superar a arrogância estatal. Especialmente em temas econômicos, o governo sabe muito menos do que o particular. Ou se instaura uma colaboração efetiva entre o Estado e os particulares ou o resultado continuará a ser a permanente repetição do fracasso. Então, falar ou não falar da 8.666 não fará diferença. (JUSTEN FILHO, 2015).

Nesse sentido, nos últimos anos a expectativa acerca do texto da nova Lei foi extremamente positiva no âmbito jurídico – de fato havia uma certa comoção e ansiedade para que mudanças de fato fossem feitas neste aspecto tão importante ao Direto Administrativo. Porém, após a divulgação de seu conteúdo, as opiniões acerca do tema já não são mais tão positivas,

em razão da permanência de procedimentos burocráticos, especialmente no que tange às contratações referentes ao setor de Infraestrutura.

Não obstante, dentre as modificações trazidas pela nova Lei, sejam elas interpretadas de maneira positiva ou negativa, as principais inovações são: (I) o Diálogo Competitivo; (II) o Contrato de Prestação de Serviços Associado; (III) a Exigência de Programa de Integridade; (IV) a figura de Performance *bond*, com cláusula de retomada; (V) um estudo Técnico preliminar bem robusto; (VI) o Portal Nacional de Contratações Públicas; (VII) Prazos mais flexíveis; (VIII) o fim das modalidades licitatórias Tomada de preços e Convite; e, por fim (IX) a criminalização de projeto.

Ou seja, em comparação à legislação anterior, apesar das muitas mudanças positivas, ainda haverá um longo caminho pela frente para que as contratações públicas de fato possam ser eficientes, sem ônus para as partes envolvidas, com o consequente estímulo por parte da iniciativa privada em contribuir para a melhoria de nosso sistema público naquilo que lhe falta, seja por capacidade técnica, seja pela ausência de recursos públicos.

Dentre as novidades trazidas pela mais nova Legislação, destaca-se a modalidade licitatória intitulada *diálogo competitivo*. Trata-se de uma modalidade completamente nova no ordenamento jurídico brasileiro, inspirada no direito comunitário europeu, a qual será devidamente explorada abaixo.

3. O DIÁLOGO COMPETITIVO E O IMPACTO DA SUA INSERÇÃO NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

A nova Lei n° 14.133/2021 inovou no sentido de trazer ao ordenamento jurídico brasileiro a modalidade licitatória denominada *diálogo competitivo*. A figura da referida modalidade já é conhecida em outros países, sobretudo naqueles regidos pelo Direito Europeu. Em linhas gerais, o diálogo competitivo, devidamente previsto no artigo 32 da recente Lei n° 14.133/2021, consiste em uma modalidade licitatória que compreende uma fase preliminar de diálogos com os participantes e que permite ao Poder Público escolher a solução tecnológica mais viável para as contratações que envolvam as Concessões de Serviço Público e as Parcerias Público Privadas.

A nova modalidade, assim como já é adotada em outros países, consiste na realização de 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.

O diálogo competitivo, apesar de facilitar a conversa e as negociações entre a Administração Pública e seus contratados, também possui uma carga extensa de procedimentos burocráticos, cujo objetivo consiste na eficácia da idoneidade do procedimento a ser realizado, para que não ocorram quaisquer vícios que atentem às respectivas normas de c*ompliance*[27]. Nesse sentido:

> A nova modalidade legitima e concede transparência e segurança jurídica para um fato que já ocorre na relação entre a Administração Pública e o particular: o contato prévio entre as partes para a apresentação de soluções fornecidas pela iniciativa privada e que podem interessar à Administração Pública. (LAHOZ, 2020, p. 74).

Tendo em vista os pontos expostos acima, verifica-se que, além de trazer uma maior celeridade aos processos licitatórios que, pela legislação atual, se prorrogam por prazos muito aquém do razoável, trouxe também a figura da inovação para o âmbito da Administração Pública.

É bem verdade que o meio jurídico tem se atualizado e investido cada vez mais nessa seara tecnológica nos últimos anos, mas com poucos avanços no âmbito do Direito Administrativo. Entretanto, com a figura procedimental do diálogo competitivo o que já se adquiriu juridicamente através da tecnologia fará parte dessa nova modalidade licitatória.

Tal fato é facilmente constatado através da previsão expressa no texto legal (artigo 32, VI, da Lei n° 14.133/2021) de que todos os diálogos deverão ser devidamente monitorados e gravados através de câmeras de vídeos e equipamentos de áudio. O referido registro possibilitará a revisão dos diálogos por parte da Administração Pública, de maneira a facilitar a tomada de decisão quanto ao resultado do certame.

27 Termo oriundo do inglês comply e que na legislação vigente (Lei n° 12.846/2013 – Lei Anticorrupção) significa a obrigação do Estado e daqueles que com ele contratam de seguir preceitos positivados que inibam condutas antiéticas.

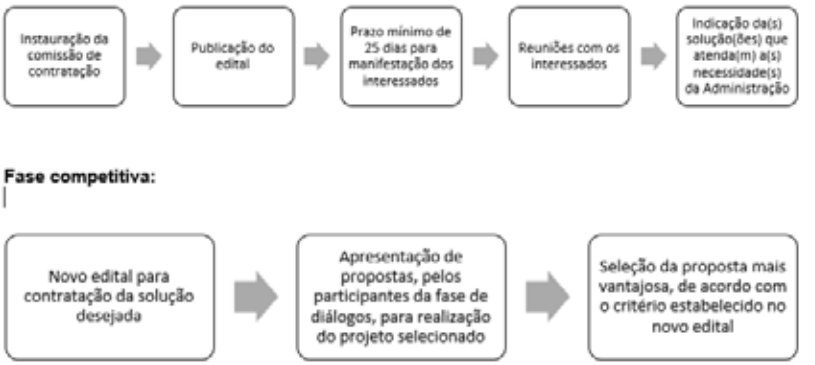
Por outro lado, tendo em vista o cenário de corrupção deflagrado no Brasil nos últimos anos, o referido procedimento também traz a figura da insegurança quanto à integridade do novo modelo licitatório. O prévio encontro das partes licitantes com o Poder Público já poderia gerar uma série de questionamentos quanto às negociações em andamento.

Atualmente, de acordo com a Lei nº 8.666/93, as partes apenas se dirigem à Administração Pública quando da realização de um procedimento licitatório através de Recursos Administrativos, visando apenas o esclarecimento de alguns pontos que entendem ser essenciais para a apresentação de suas propostas – o que mudará completamente com a vigência da nova Lei. Deste modo, em que pese a legislação vigente já ter evoluído no que se refere à integridade das contratações celebradas, o particular ainda se depara com certa insegurança jurídica nesse setor. É preciso atenção seguida da inserção de mecanismos que controlem e monitorem atentamente as negociações em curso, que vão muito além da simples gravação do encontro havido entre as partes, pois ainda assim não se pode garantir a ausência de negociações alheias às que tenham sido efetivamente gravadas.

Outro desafio a ser enfrentado por parte da Administração Pública é a manutenção do sigilo no âmbito dos diálogos realizados junto aos licitantes, evitando que quaisquer informações sejam repassadas indevidamente. A referida divulgação de todas as conversas havidas entre as partes somente ocorrerá após o encerramento dos diálogos, por meio de declaração expressa pela Administração Pública, que também deverá juntar toda a documentação pertinente e anteriormente produzida aos autos do processo licitatório.

Após o encerramento do diálogo e a publicação do edital já contendo as soluções que devem ser observadas quando da apresentação da proposta final, é dado início à fase concorrencial do certame. Nesta fase também há necessidade intensa de reforço para que não seja cometido nenhum tipo de ato que atente à Legislação concorrencial. Todos os licitantes participam em pé de igualdade dessa segunda fase, inclusive aqueles que apresentaram as melhores soluções tecnológicas na fase de diálogo, que atuarão sem qualquer privilégio em relação aos demais. E essa isonomia deve ser garantida.

Para ilustrar melhor o rito da questão:



Fonte: MÂNICA, Fernando. In: **OBSERVATÓRIO DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES**. Disponível em: http://www.novaleilicitacao.com.br/2021/01/12/dialogo-competitivo-o-rito-de-uma-nova-modalidade-de-licitacao/: Acesso em: 20 mar. 2021.

Entretanto, não há previsão acerca da realização de uma fiscalização mais robusta no âmbito dessas negociações públicas, razão pela qual a nova Lei também peca no tocante à garantia da lisura das relações entre Estado e particular, o que sempre foi um dos principais problemas que prejudicaram os contratos administrativos regidos pela Lei nº 8.666/93.

O projeto de Lei nº 4.253/2020 previa a possibilidade de os órgãos de controle monitorarem a fase de diálogos, cuja previsão se encontrava no inciso XII do art. 32 do texto. Esse dispositivo já era alvo de algumas críticas doutrinárias na medida em que o monitoramento dos diálogos deveria ter um caráter obrigatório e não facultativo. Destaca-se que, com a entrada em vigor da nova Lei nº 14.133/2021, houve veto presidencial quanto ao disposto nesse inciso XII, do art. 32, fato que agrava a preocupação quanto à efetiva fiscalização e controle das conversas preliminares que ocorrerão entre contratante e contratados.

Por outro lado, embora existam dúvidas quanto à eficácia das negociações e sua respectiva idoneidade, é fato que o diálogo competitivo estimula ainda mais a competição e promete grandes resultados às contratações públicas, simplesmente pelo fato de as partes contratadas poderem participar ativamente da estruturação dos projetos, levando à Administração Pública questões que vão além de seu conhecimento, questões essas que, anteriormente ao novo texto, eram levadas através de Recursos Ad-

ministrativos e veementemente rechaçadas pelo ente contratante. É nisso que consiste a real intenção do diálogo competitivo – combater premissas dogmáticas que se estendem por anos na seara do Direito Administrativo, buscando aproximar o particular do Poder Público, para que de fato haja uma Administração Pública de resultados.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da pesquisa levantada, resta clara a necessidade de substituição das legislações licitatórias vigentes para o bom funcionamento das contratações públicas, com resultados mais eficazes e benéficos tanto para a Administração, quanto para os particulares que com ela se relacionam. Além disso, é claro, o interesse público é beneficiado como um todo – o que de fato deveria ser priorizado quando da atuação do Estado com a iniciativa privada.

Entretanto, resta clara também a necessidade de atenção quanto à nova Lei de Licitações, Lei nº 14.133/2021, pois apesar da expectativa criada no meio jurídico, ela não traz tantas mudanças assim que possam realmente eliminar o desequilíbrio econômico-financeiro existente nas contratações públicas. Muito pelo contrário, a insegurança quanto à sua real eficácia quando da inserção no ordenamento jurídico brasileiro levanta inúmeras dúvidas, principalmente em razão do cenário de corrupção que abarca o país há décadas e que desestimula as partes envolvidas em negócios com o Estado.

Como um ponto de atenção e inovação, houve a necessidade de se expor de maneira mais detalhada sobre a nova modalidade licitatória, denominada diálogo competitivo, a qual, arrisca-se dizer, parece-nos a maior inovação trazida pela nova Lei. Tal inclusão, em que pese seja repleta de pontos que precisam ser devidamente reforçados quando da sua implantação, principalmente para evitar a ocorrência de atos que possam afrontar os princípios que regem o Direito Administrativo, quanto às legislações que combatem a corrupção e o direito à concorrência leal. Ainda assim, entende-se que as vantagens são maiores que as incertezas que cercam a nova modalidade licitatória. Acredita-se que, desde que devidamente planejada e respeitando-se os princípios informadores do direito administrativo no processo de diálogo com as empresas interessadas, essa

inteiração será benéfica para melhorar a *expertise* estatal no planejamento de soluções tecnológicas.

Trata-se, assim, de uma modalidade que facilitará que projetos de alta complexidade sejam colocados em prática com maior planejamento e cooperação entre as partes interessadas, arranjos esses que na Lei Geral de Licitações, a Lei nº 8.666/93, não eram permitidos. Assim, a nova modalidade apresenta um avanço em termos licitatórios e poderá, quiçá, contribuir para a lisura nas relações entre particulares e Administração Pública, sempre tão marcadas por fraudes e corrupções.

Claro que o controle dos órgãos responsáveis deve se intensificar nesses diálogos e, ainda como medida de cautela, a participação de licitantes com programas de integridade e de *compliance* ativos deve ganhar preferência a fim de se mitigar eventuais riscos contratuais, ainda mais diante do veto presidencial ao disposto no art. 32, inciso XII da Lei nº 14.133/2021, que possibilitava o monitoramento dos diálogos pelos órgãos de controle.

Nesse sentido, a expectativa por parte da comunidade jurídica é grande, por se tratar de uma modalidade que visa de fato atender às necessidades da Administração Pública, dando chance para que a iniciativa privada opine nos projetos propostos e que, em conjunto com o Estado, consigam propor um projeto que possa ser executado por ambas as partes, sem que nenhuma delas saia prejudicada financeiramente pelo simples fato da outra não se atentar às reais necessidades para o devido cumprimento do escopo proposto.

Como já salientado, a modalidade de diálogo competitivo deve ser tida com seriedade pelo ente contratante. Quanto maior o respeito à transparência, à publicidade, à isonomia e à competitividade, maior será a chance de se colocar em prática a nova modalidade com resultados satisfatórios. O controle em relação à fase de diálogos é fator determinante para propiciar segurança jurídica ao procedimento. Destaca-se, também, a necessidade de se capacitar os servidores integrantes dos quadros da Administração Pública para que possam ser preparados a atuar desde a elaboração do edital até a conclusão dos trabalhos. A opção por buscar apoio em empresas especializadas é outra saída viável e também permitida pela nova legislação.

Num cenário historicamente marcado por disputas, adversidades entre iniciativa privada e Administração Pública, torna-se possível falar em

cooperação entre as partes que, unidas, possam encontrar, sem animosidades, opções mais eficientes ao interesse público. Eis a grande vantagem desse novo procedimento licitatório.

Por fim, ressalta-se a importância da Administração Pública de assumir o comando dessa nova modalidade licitatória com seriedade, transparência e lisura, criando-se um ambiente contratual seguro aos participantes. De outra banda, espera-se que as empresas participantes atuem com a diligência que se espera nas contratações com o Poder Público, a fim de que soluções efetivamente inovadoras sejam tomadas em favor das negociações públicas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Projeto de Lei n° 4.253, de 2020.** Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado nº 559, de 2013. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8879045&ts=1607630768278&disposition=inline. Acesso em: 18 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1.993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 29 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1° de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.133-de-1-de-abril-de-2021-311876884. Acesso em: 02 abr. 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. Mas temos muito ainda a falar sobre licitação. **Coluna da Gazeta do Povo,** publicado em 06 de novembro de 2015. Disponível em: https://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/marcal-justen-filho/mas-temos-muito-ainda-a-falar-sobre-licitacao-0k320vk5ryh9zn8tdrguqlrzm/. Acesso em: 20 mar. 2021.

GUIMARÃES, Edgar. Nova Lei de Licitações, a hora e a vez de estados e municípios. **Consultor Jurídico**, publicado em 26 de março de 2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-mar-26/edgar-guimaraes-lei-licitacoes. Acesso em: 20 mar. 2021.

LAHOZ, Rodrigo Augusto Lazzari. Modalidades de Licitação e Procedimentos Auxiliares. IN: Niebuhr, Joel de Menezes (org.). **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** Florianópolis/SC: Editora Zenite, 2020.

MÂNICA, Fernando. Diálogo competitivo: o rito de uma nova modalidade de licitação. **Observatório da Nova Lei de Licitações**, publicado em 12 de janeiro de 2021. Disponível em: http://www.novaleilicitacao.com.br/2021/01/12/dialogo-competitivo-o-rito-de-uma-nova-modalidade-de-licitacao/. Acesso em: 20 mar. 2021.

NESTER, Alexandre Wagner. A nova Lei de Licitações: muita expectativa, pouca evolução, muito trabalho pela frente. **Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº 166**, publicado em dezembro de 2020. Disponível em: https://justen.com.br/pdfs/IE166/NesterNovaleideLicitacoes.pdf. Acesso em: 17 mar. 2021.

NIEBUHR, Joel de Menezes (org.). **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Florianópolis-SC: Editora Zenite, 2020.

RODRIGUES, Fernanda; ZAGO, Marina. O que o diálogo competitivo agrega às contratações públicas? **Consultor Jurídico**, publicado em 11 de novembro de 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-nov-11/opiniao-dialogo-competitivo-agrega-contratacoes-publicas. Acesso em: 23 mar. 2021.

SOUZA, Rodrigo Pagani de. Em busca de uma administração pública de resultados. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de (Orgs.). **Controle da administração pública.** Belo Horizonte: Fórum, 2017.

A MEDIDA PROVISÓRIA Nº 966/2020 E SUAS MUDANÇAS NO ÂMBITO DA RESPONSABILIDADE CIVIL E ADMINISTRATIVA DOS AGENTES PÚBLICOS PERANTE OS ÓRGÃOS DE CONTROLE

Gláucia Maria de Araújo Ribeiro[28]
Thales Ferreira Leite[29]

INTRODUÇÃO

Em março de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) definiu o surto do novo coronavírus (SARS-CoV-2) como pandemia tendo em vista o alcance mundial da doença identificada pela primeira vez em dezembro de 2019 na China, local onde se iniciou uma disseminação exponencial que alcançou todo o globo. Mesmo após quase um ano do início da pandemia, a Covid-19 vem atingindo cada vez mais vítimas e quebrando recordes assustadores, com os casos fatais alcançando, no Brasil, o número de 312 mil pessoas (GLOBO, 2021).

28 Doutora em Saúde Coletiva pela UERJ/RJ. Doutoranda pela UFMG/MG. Mestre em Direito Ambiental pela UEA/AM. Professora da UEA/AM.

29 Bacharelando em Direito da Universidade do Estado do Amazonas - UEA e pesquisador PIBIC.

Tamanha crise sanitária trouxe consigo um aumento da já grande responsabilidade dos gestores públicos no trato das políticas públicas. A área assistencial da saúde, de vital importância, torna-se ainda mais o foco de todas as atividades, seja com investimentos diretos, seja na economia e corte de gastos em outras áreas. Soma-se a isso o fato de não haver consenso científico quanto ao tratamento de tal doença, o que dificulta ainda mais as decisões acerca dos investimentos no seu combate.

Esse cenário de dúvidas vem gerando uma submissão dos agentes públicos, principalmente os profissionais da saúde, e os agentes políticos às condições estressantes de trabalho, afinal, trabalham diante de grandes incertezas, precisando tomar decisões que impactam diretamente na sobrevivência da população, e tendo que lidar com escassez de equipamentos e medicamentos. Isso sem contar com as preocupações pessoais relacionadas ao risco iminente de contágio.

Nesse contexto, foi editada, no dia 13 de maio de 2020, a Medida Provisória nº 966 (MP nº 966), que tratou da responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da Covid-19. A MP foi alvo de diversas críticas, que apontavam uma atenuação da responsabilidade civil dos agentes públicos e até mesmo uma inconstitucionalidade material.

Pretende-se analisar a disciplina jurídica dada pela MP à responsabilidade, identificando suas mudanças em tal regime jurídico de modo a evidenciar se houve uma atenuação das normas relativas ao tema, bem como analisar a questão de sua (in)constitucionalidade. Empregar-se-á uma metodologia dedutiva, com consulta documental e bibliográfica em livros especializados, doutrina, jurisprudências, artigos, sites oficiais e blogs específicos.

1. A RESPONSABILIDADE CIVIL E ADMINISTRATIVA DO AGENTE PÚBLICO

Na época dos Estados Nacionais (séculos XVII e XVIII), o Estado não era responsabilizado por suas ações tendo em vista o poder absoluto do rei, que era o próprio Direito. Não obstante, esse cenário começou a mudar com a ascensão dos ideais que fundamentaram a Revolução Francesa, a partir de quando foi sendo rechaçada a irresponsabilidade do governante.

A Constituição Federal de 1988 (CRFB/88) trouxe uma altíssima carga de princípios positivados em seu corpo, consubstanciando o neoconstitucionalismo que lhe influenciou. Nessa esteira, manteve-se, como regra, a responsabilidade objetiva do Estado, consagrada no art. 37, §6º, da CRFB/88 e reafirmada pelo art. 43 do Código Civil. A regra constitucional assevera que o Estado responderá objetivamente (bastando o nexo de causalidade entre a ação e o dano causado) por ato lesivo praticado por agente de pessoa jurídica de direito público ou de direito privado prestadora de serviço público. Note-se que o ato causador do dano não precisa ser antijurídico, conforme lição de Di Pietro (2019, p. 1.466):

> Somente se pode aceitar como pressuposto da responsabilidade objetiva a prática de ato antijurídico se este, mesmo sendo lícito, for entendido como ato causador de dano anormal e específico a determinadas pessoas, rompendo o princípio da igualdade de todos perante os encargos sociais. Por outras palavras, ato antijurídico, para fins de responsabilidade objetiva do Estado, é o ato ilícito e o ato lícito que cause dano anormal e específico.

No caso da omissão estatal, há divergência doutrinária e jurisprudencial sobre a aplicação da responsabilidade objetiva, pois parte da doutrina assinala ser a omissão regulada pelo regime de responsabilidade subjetiva. Di Pietro (2019, p. 1.474) é adepta do último entendimento e destaca:

> No caso de omissão do Poder Público os danos em regra não são causados por agentes públicos. São causados por fatos da natureza ou fatos de terceiros. Mas poderiam ter sido evitados ou minorados se o Estado, tendo o dever de agir, se omitiu. Isto significa dizer que, para a responsabilidade decorrente de omissão, tem que haver o dever de agir por parte do Estado e a possibilidade de agir para evitar o dano.

A autora assevera ainda que, nesses casos de responsabilidade subjetiva por omissão, esta deva ser necessariamente ilícita (2019, p. 1.475).

Conforme entendimento assentado no Supremo Tribunal Federal (STF), a CRFB/88 consagra a tese da dupla garantia, onde o prejudicado pleiteia sua indenização diretamente frente ao Estado e este, se for o caso,

busca, em ação de regresso, o ressarcimento contra o agente. Isto porque o agente público só será responsabilizado regressivamente em caso de dolo ou culpa, conforme lição de Carvalho Filho (2020, p. 1.040) que, ao comentar o art. 37, §6º, da CRFB/88, afirma:

> A parte final do texto, no entanto, faz menção à relação jurídica pertinente ao direito de regresso, dela fazendo parte o Estado e seu agente. Ao dizer que o Estado pode exercer seu direito de regresso contra o agente responsável nos casos de culpa ou dolo, a Constituição vinculou as partes à teoria da responsabilidade subjetiva ou com culpa.

A responsabilidade subjetiva do agente público deriva do próprio Estado constitucional e republicano (GOMES, 2018, p. 1.270). Além disso, a não imposição aos agentes públicos da responsabilidade objetiva, bem como a consagração da tese da dupla garantia, são espécies de mecanismos que protegem o interesse público, garantindo, juntamente com outras prerrogativas, como a estabilidade e irredutibilidade dos vencimentos, que o representante estatal atue de maneira isenta e impessoal. Segundo (REIS JUNIOR, 2020, p. 317), a responsabilidade subjetiva:

> [...] consagrou-se como modelo clássico geral, por razões lógicas: se a liberdade do indivíduo é o fundamento da responsabilidade, a ele só pode ser imputado o dever de indenizar se causou o dano a partir de um comportamento reprovável, adotado de maneira livre e consciente (conduta culposa). Se decidiu mover sua Vontade pelo caminho espinhoso da conduta ilícita ou antijurídica, ou pelo inadimplemento, torna-se merecedor da atribuição do dever de indenizar. É que o agente agiu de modo censurável, devendo, assim, sofrer os efeitos da imputação legal. Por outro lado, se a sua conduta se manteve digna, ou se o agente não inclinou sua Vontade para o evento danoso, malgrado tenha ele ocorrido, não deve responder, sob pena de cometimento de uma injustiça ainda maior: a responsabilização de alguém que agiu honradamente, ou por um ato não-livre de conduta.

Os tipos de responsabilidade classificam-se segundo a natureza da norma jurídica que a contempla (CARVALHO FILHO, 2020, p. 1.201),

sendo, portanto, a responsabilização administrativa aquela que decorre da infração das normas administrativas. Quanto aos elementos do ilícito administrativo, Di Pietro (2019, p. 1.369) afirma que são os mesmos do ilícito civil, quais sejam: ação ou omissão contrária à lei, culpa ou dolo e dano. Prossegue a autora afirmando

> Nesse caso, a infração será apurada pela própria Administração Pública, que deverá instaurar procedimento adequado a esse fim, assegurando ao servidor o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, nos termos do artigo 5º, inciso LV, da Constituição.

Portanto, a responsabilidade administrativa, diferente da civil, pressupõe em todos os casos a presença do elemento subjetivo (existência de culpa ou dolo).

A MP nº 966 regulamenta justamente a responsabilidade do agente público, tendo sido editada diante do quadro pandêmico e dando segurança jurídica aos bons gestores em suas ações e omissões no enfrentamento da Covid-19, visando evitar um "apagão das canetas" ou mesmo a propagação do Direito Administrativo do medo, sendo este entendido como o temor causado nos gestores pelos órgãos de controle diante das situações em que são obrigados a tomarem decisões impactantes.

2. A MEDIDA PROVISÓRIA Nº 966/2020

Medidas Provisórias, conforme Branco e Mendes (2019, p. 1.552), são atos normativos primários, editados pelo Presidente da República com nítida feição cautelar, pois dependem da demonstração de urgência e relevância.

Historicamente, no Direito Constitucional positivo brasileiro, a medida provisória substitui a figura do decreto-lei, criada pela Constituição de 1937. À época, tal instrumento normativo só seria utilizado se autorizado pelo Poder Legislativo ou em períodos de recesso ou dissolução da Câmara dos Deputados. A previsão de decretos-leis não se repetiu na Constituição de 1946, mas foi reintroduzida na Carta de 1967, que lhe atribuiu os pressupostos de urgência ou interesse público relevante. A Lei

Maior vigente, visando aperfeiçoar a figura do decreto-lei, necessária e preferível em casos excepcionais devido sua celeridade em relação às leis, concebeu a Medida Provisória, inspirada no modelo italiano dos decretos-leis (BRANCO; MENDES, 2019, p. 1.552).

Antes de abordar as alterações propostas pela MP n° 966/2020, urge salientar que sua vigência alcança os atos e omissões ocorridos entre 14 de maio de 2020 e 10 de setembro de 2020, devido a sua prorrogação e por não ter sido editado o decreto legislativo previsto no art. 62, §11, da CRFB/88. Tal aplicação da medida provisória para a disciplina das relações formadas durante sua vigência é, conforme Branco e Mendes (2019, p. 1.526), hipótese de ultratividade. Conceder eficácia à MP que caducou trouxe mais segurança jurídica às relações, pois, antes da Emenda Constitucional nº 32/2001, a relação formada desconstituía-se em uma espécie de retroatividade máxima prejudicando, inclusive, direitos adquiridos, salvo quando editado o decreto legislativo dispondo de modo diverso (AMARAL JÚNIOR, 2018, p. 2.194).

Sobre o âmbito de incidência, a MP nº 966 atua, em uma perspectiva objetiva, sobre as medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública e no combate aos efeitos econômicos e sociais decorrentes da pandemia da Covid-19. Subjetivamente, trata da responsabilidade civil e administrativa dos agentes públicos, expressão essa que deve ser aplicada do mesmo modo que no art. 37, §6º, da CRFB/88, alcançando todos aqueles que exercem função pública, seja a mais alta autoridade ou o mais modesto trabalhador atuante no aparelho estatal (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 1.037). É o que se depreende do art. 1º da MP, *in verbis*:

> Art. 1º Os agentes públicos somente poderão ser responsabilizados nas esferas civil e administrativa se agirem ou se omitirem com dolo ou erro grosseiro pela prática de atos relacionados, direta ou indiretamente, com as medidas de:
>
> I - enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente da pandemia da Covid-19; e
>
> II - combate aos efeitos econômicos e sociais decorrentes da pandemia da Covid-19.

O §1º do art. 1º da MP regula a responsabilidade pela opinião técnica, caso em que o decisor, que fundamentou sua ação ou omissão na opinião, só responderá se (I) estiverem presentes elementos suficientes para o decisor aferir o dolo ou o erro grosseiro da opinião técnica ou (II) houver conluio entre os agentes. Tal norma apenas consagra a jurisprudência dominante no STF, exarada no MS 24.631/DF (STF, 2007), quando restou assentado que, nos casos de pareceres facultativo e obrigatório, o parecerista só responde em caso de culpa ou erro grosseiro, enquanto na hipótese de parecer vinculante ocorre a responsabilidade solidária.

O §2º do art. 1º somente confirma a adoção da responsabilidade subjetiva do agente público, ao prever que não há responsabilização em caso de mero nexo de causalidade entre a conduta e o dano.

A medida provisória define erro grosseiro como "erro manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia" (BRASIL, 2020). Portanto, o erro grosseiro é indissociável da culpa grave, traduzindo-se em uma situação errônea em que há a inobservância de padrões mínimos de atenção e do dever de cuidado exigido. Essa previsão do erro grosseiro somente demonstra que, no âmbito de atuações do serviço público, as falhas devem ser toleráveis, principalmente no contexto de indeterminação da pandemia. Tal previsão não objetiva proteger o gestor incompetente, mas sim o bom gestor, para que este não sofra com o "Direito Administrativo do Medo" ou incorra no "apagão das canetas".

Por fim, o art. 3º, abaixo transcrito, condiciona a aferição do erro grosseiro à consideração de diversos fatores que podem ser resumidos nas circunstâncias de difícil atuação trazidas pelo evento pandêmico.

> Art. 3º Na aferição da ocorrência do erro grosseiro serão considerados:
>
> I - os obstáculos e as dificuldades reais do agente público;
>
> II - a complexidade da matéria e das atribuições exercidas pelo agente público;
>
> III - a circunstância de incompletude de informações na situação de urgência ou emergência;

> IV - as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação ou a omissão do agente público; e
>
> V - o contexto de incerteza acerca das medidas mais adequadas para enfrentamento da pandemia da Covid-19 e das suas consequências, inclusive as econômicas. (BRASIL, 2020).

Essa disposição é bem-vinda, afinal, o Direito não é aplicado sem considerar as situações do caso concreto, ficando as normas, muitas vezes, carentes de preceitos que abarquem a imensidão de fatos possíveis. Resta consagrado, portanto, o princípio da realidade.

Note-se que tal dispositivo traz ao direito brasileiro uma teoria semelhante à Doutrina Chevron. Segundo Jordão (2018, p. 79):

> A doutrina americana faz referência aos "dois passos" da formulação mais básica de Chevron: no primeiro, o controlador verifica se há indeterminação ou ambiguidade legislativa a propósito de uma questão específica; no segundo, havendo esta indeterminação, o controlador se limita a verificar a razoabilidade ou "permissibilidade" da interpretação adotada pela administração pública.

Feitas breves considerações acerca da MP nº 966/2020, é necessário tratar da mesma em cotejo com a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

3. A LINDB E A MP Nº 966/2020

O Decreto-Lei nº 4.657/1942 (LINDB) normatiza "um direito que tem o fito de regulamentar o próprio direito" (DE FARIAS; ROSENVALD, 2019, p. 123). Isso porque, segundo Branco (2020, p. 267), versa "sobre hermenêutica jurídica, buscando fixar critérios orientadores para a interpretação e a aplicação do Direito, de forma a nortear tanto o exercício dos operadores do direito, como o proceder dos próprios gestores públicos".

A Lei nº 13.655/2018 acrescentou à LINDB os artigos 20 a 30. Porém, para o presente escrito, importa ressaltar os artigos 22 e 28. Tais dispositivos foram praticamente copiados pela MP nº 966/2020 em seus artigos 3º e 1º, respectivamente. Em que pese a ausência na LINDB de dispositivo

semelhante ao art. 1º, §1º, e art. 2º da MP, estes copiam, respectivamente, o art. 12, §6º, e art. 12, §1º, do Decreto Federal nº 9.830/2019, que regulamentou a Lei nº 13.655/2018.

As alterações na LINDB foram motivadas pelo "apagão das canetas", em que os gestores públicos preferiam as críticas pela omissão às possíveis punições decorrentes de uma ação inovadora. Isso ocorre pois prega-se, muitas vezes, a ideia de que o bom gestor é aquele que só faz incidir a lei. Acerca do tema, é interessante a lição de Binenbojm e Cyrino (2018, p. 205), para quem:

> Esse mundo, porém, não existe. Talvez nunca tenha existido. O sonho de vinculação rigorosa à vontade dos representantes do povo reunidos em assembleia mostrou-se simplesmente utópico e até mesmo indesejável. A lei não contém toda a ação administrativa. Sabe-se hoje que administrar, e.g., implica funções proativas de prestação de serviços públicos; abrange, ainda, considerações complexas sobre como regular setores da economia; e envolve, também, decisões difíceis em âmbitos deixados em aberto pelo legislador.

Portanto, a lei confirma ao gestor que o erro, salvo o grosseiro, é aceitável. Apesar da semelhança supracitada entre os dispositivos da LINDB e da MP nº 966, é obvio que esta surgiu, como já dito, por motivos completamente diferentes daqueles da alteração da LINDB, pois visa dar segurança jurídica aos administradores nas ações e omissões em atos relacionados com a pandemia da Covid-19.

De fato, a pandemia exige do Direito um tratamento diferenciado para a responsabilidade dos agentes públicos. Nessa esteira, Rosenvald (2020) advoga uma restrição à responsabilidade do setor médico nos seguintes termos:

> Art. X Dadas as circunstâncias urgentes e dramáticas em que médicos, profissionais de saúde e outros provedores do setor médico precisam prestar serviços, o Estado deve garantir que a partir de 20 de março de 2020 até o final da declaração de emergência esses profissionais não sejam responsabilizados por eventos adversos re-

> lacionados a Covid-19, exceto em casos de grave negligência.
>
> § 1º O mesmo se aplica a outros profissionais e titulares de cargos públicos que tiveram que tomar decisões rápidas e difíceis diretamente relacionadas à crise da Covid-19.
>
> § 2º Essas isenções não se aplicam ao Estado, que permanece responsável de acordo com o regime específico de responsabilidade existente.

Apesar de feliz em sua tentativa, a Medida Provisória nº 966 é completamente inócua, pois, apesar de ter motivações diferentes, limita-se a repetir o conteúdo normativo da LINDB e do Decreto Federal nº 9.830/2019, criando um verdadeiro pleonasmo jurídico (BRANCO, 2020, p. 267), pois o regramento instituído pela referida MP existiria mesmo que essa não fosse editada.

Dogmaticamente, uma vantagem da MP foi reproduzir os dispositivos do Decreto Federal nº 9.830/2019, visto que esse só regulamenta em nível federal. Não obstante, tal decreto poderia ser aplicado subsidiariamente nos demais entes federativos, reafirmando a desnecessidade da edição da MP. Contudo, considerando a necessidade de um regime excepcional de responsabilidade do agente público, poderia a MP nº 966 ter sido modificada pelo Congresso Nacional, aproveitando assim a possibilidade para, de fato, promover alterações nesse regime jurídico.

Insta salientar que o argumento relativo a uma possível legitimação da corrupção pela MP não prospera, pois tal delito só ocorre com dolo, não sendo juridicamente possível sua configuração mediante culpa leve (JUSTEN FILHO, 2020). Vislumbra-se, portanto, com o advento da MP nº 966/2020, que não houve efetiva alteração material no ordenamento jurídico no que se refere à responsabilidade do agente público.

4. INCONSTITUCIONALIDADE DA MP Nº 966/2020

Após editada a MP em comento, foram protocoladas no STF sete ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs 6421, 6422, 6424, 6425, 6427, 6428 e 6431) com pedido de medida cautelar. A primeira ação tem por objeto a Medida Provisória nº 966/2020, o art. 28 do Decreto-Lei nº 4.657 (LINDB), com a redação dada pela Lei nº 13.655/2018, e, ainda, os

artigos 12 e 14 do Decreto nº 9.830/2019, que regulamentaram o último diploma. A sexta demanda impugna a MP nº 966/2020 e a LINDB. Todas as demais ADIs têm por objeto apenas a MP nº 966/2020.

Em que pese os entendimentos em contrário, considera-se que a matéria veiculada pela MP é constitucional. Não há ofensa à segunda parte do art. 36, §6º, da CRFB/88 pelo art. 1º, *caput*, da MP, afinal, a Constituição não impede que uma lei, em uma situação extraordinária, extinga ou rejeite a responsabilidade do agente público (JUSTEN FILHO, 2020). Portanto, não há que se falar em atribuição, pela MP, de salvo conduto ou anistia.

Conforme previsto no *caput* do art. 62 da CRFB/88, as Medidas Provisórias só podem ser editadas se presentes os pressupostos da relevância e urgência. Tais conceitos se encaixam na categoria dos juridicamente indeterminados, diferenciando-se da discricionariedade pois nessa há mais de uma atuação plausível, enquanto naqueles a indeterminação só existe fora do caso concreto, conforme Mariotti (1999, p. 74, *apud* BALERA, 2009, p. 36).

A relevância relaciona-se, no entender de Bandeira de Mello (2015, p. 135), com a gravidade do caso concreto que enseja a edição da MP. Sobre a urgência, afirma o autor:

> Mesmo que a palavra contenha em si algum teor de fluidez, qualquer pessoa entenderá que só é urgente o que tem de ser enfrentado imediatamente, o que não pode aguardar o decurso do tempo, caso contrário o benefício pretendido será inalcançável ou o dano que se quer evitar consumar-se-á ou, no mínimo, existirão sérios riscos de que sobrevenham efeitos desastrosos em caso de demora (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 136).

O artigo 62, §5º, da CF/88 prevê o controle do Congresso Nacional sobre tais pressupostos, de modo que podem os parlamentares rejeitar uma MP antes mesmo de se debruçarem sobre seu mérito.

É inegável que a crise sanitária provocada pela Covid-19 acentuou a relevância e a gravidade da responsabilidade dos agentes públicos por todos os motivos já expostos. Não obstante, as alterações promovidas na LINDB pela Lei nº 13.655/2018 colocam em xeque a relevância e ur-

gência da Medida Provisória *sub oculis*, haja vista que, normativamente, não trouxe nada que alterasse o regime de responsabilização positivado no Decreto-Lei nº 4.657.

No julgamento das cautelares (STF, 2020), o Ministro-Relator Luís Roberto Barroso, manteve a vigência da MP, mas, em contrapartida, conferiu interpretação conforme a Constituição do artigo 1º e 2º da mesma, nos seguintes termos:

> [...] o art. 2º da MP 966/2020, que dispõe sobre a figura do erro grosseiro, deve receber interpretação conforme a Constituição, a fim de que se estabeleça que, na análise de ocorrência de erro grosseiro, deve-se levar em consideração a observância, pelas autoridades: (i) de standards, normas e critérios científicos e técnicos, tal como estabelecidos por organizações e entidades reconhecidas nacional e internacionalmente; bem como (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção. Na mesma linha, deve-se conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 1º da MP 966/2020, para explicitar que, para os fins de tal dispositivo, a autoridade competente deve exigir que a opinião técnica com base na qual decidirá trate expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades reconhecidas nacional e internacionalmente; e (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção.

Portanto, resta-nos aguardar o pronunciamento final do Pretório Excelso no julgamento das ADIs. Note-se que essas não perderam seus objetos devido ao fim da eficácia da MP, pois diversas relações jurídicas estão sendo regidas pelo diploma, conforme previsão no art. 62, §11, da CRFB/88.

CONCLUSÃO

O Direito não é estático, na medida em que se transforma com os movimentos históricos e com a sociedade em que atua. Diante disso, todas as movimentações direcionadas ao estabelecimento de um regime diferenciado de responsabilização dos agentes públicos no que concerne aos

atos relacionados com a pandemia da Covid-19 são bem-vindas, desde que respeitada a regra do art. 37, §6º, da CRFB/88.

A Medida Provisória nº 966/2020 foi editada nesse contexto, porém, não trouxe nenhuma novidade ao regime jurídico de responsabilização dos agentes públicos, visto que só reproduziu normas da LINDB e do Decreto nº 9.830/2019. Nessa esteira, melhor seria que viesse do poder Legislativo, que possui como função típica a atividade legislativa, a iniciativa de uma lei alterando tal regime, com amplo debate político e jurídico, mas sempre observando a celeridade do processo legislativo, haja vista a quantidade de atos praticados diante da pandemia. Ressalte-se que a instituição do regime jurídico disposto na LINDB e na MP não restringe a responsabilidade dos agentes públicos, muito menos representa um indulto ou salvo-conduto.

Nada obstante, considerando o conteúdo normativo da MP, verificou-se que não há inconstitucionalidade em seu texto, o que já não pode ser dito acerca da presença dos requisitos de relevância e urgência, afinal, já existiam, na LINDB, as mesmas regulações veiculadas no diploma normativo em análise.

A decisão do Tribunal Constitucional, em sede de análise cautelar das ADIs 6421, 6422, 6424, 6425, 6427, 6428 e 6431, foi acertada ao especificar quais critérios deveriam ser observados para que não incorra o agente público em erro grosseiro. A ver o desfecho do julgamento das ADIs. Porém, parece mais acertado o reconhecimento da constitucionalidade da Lei nº 13.655/2018, que alterou a LINDB, para que não haja propagação de um novo "apagão das canetas". Quanto à MP, a discussão ficará no âmbito da presença ou não da relevância e urgência da mesma, o que, caso seja considerada constitucional a Lei nº 13.655/2018, não influenciará muito a prática, haja vista o mesmo teor constante nos dois diplomas normativos.

REFERÊNCIAS

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Comentário ao artigo 62. In: CANOTILHO. J. J. Gomes et al. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraivajur, 2018.

BALERA, Felipe Penteado. Medida Provisória: o controle dos requisitos constitucionais de relevância e urgência pelo Congresso Nacional e pelo STF. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, v. 14, n. 1, p. 25-52, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BINENBOJM, G.; CYRINO, A. O Art. 28 da LINDB: a cláusula geral do erro administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, ed. esp.: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB, p. 203-224, nov. 2018. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77655/74318. Acesso em: 06 mar. 2019.

BINENBOJM, G.; CYRINO, A. O Art. 28 da LINDB: a cláusula geral do erro administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, ed. esp.: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB, p. 203-224, nov. 2018. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77655/74318. Acesso em: 03 fev. 2021.

BRANCO, Luiza Szczerbacki Castello. O Pleonasmo Jurídico da MP nº 966/2020. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 8, n. 1, p. 254-270, 2021.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2019.

BRASIL. **Constituição (1988).** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08 ago. 2020.

BRASIL**. Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019**. Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9830.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%209.830%2C%20DE%20

10,%C3%A0s%20normas%20do%20Direito%20brasileiro. Acesso em: 11 dez. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 10 dez. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018**. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2013.655%2C%20DE%2025%20DE%20ABRIL%20DE%202018.&text=Inclui%20no%20Decreto%2DLei%20n%C2%BA,na%20aplica%C3%A7%C3%A3o%20do%20direito%20p%C3%BAblico.. Acesso em: 08 ago. 2020.

BRASIL. **Medida Provisória nº 966, de 13 de maio de 2020**. Dispõe sobre a responsabilidade de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da Covid-19. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv966.htm. Acesso em: 08 ago. 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 34ª ed. São Paulo: Atlas, 2020.

DE FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB.** 17ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 35ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GLOBO. **Brasil registra novo recorde na média móvel com 2.598 mortes diárias por Covid**. Disponível em: https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2021/03/28/brasil-registra-novo-recorde-na-media-movel-com-2598-mortes-diarias-por-covid.ghtml**.** Acesso em: 29 de mar. 2021.

GOMES, Ana Cláudia Nascimento. Comentário ao artigo 37, §6º. In: CANOTILHO. J. J. Gomes et al. (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraivajur, 2018.

JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB. Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro**. Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, ed. esp.: Direito Público na Lei de Introdução às normas de Direito brasileiro – LINDB, p. 63-92, nov. 2018. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/77650/74313/161994. Acesso em: 06 fev. 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. **A MP 966 não é inconstitucional**. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-mp-966-nao-e-inconstitucional-20052020. Acesso em: 31 mai. 2020.

REIS JUNIOR, Antonio. A responsabilidade civil dos agentes públicos em tempos de Covid-19. **Revista IBERC**, v. 3, n. 2, p. 305-328, 2020.

ROSENVALD, Nelson. **Por uma isenção de responsabilidade dos profissionais de saúde por simples negligência em tempos de pandemia.** Disponível em: https://migalhas.uol.com.br/depeso/326088/por-uma-isencao-de-responsabilidade-dos-profissionais-de-saude-por-simples-negligencia-em-tempos-de-pandemia. Acesso em 10 jan. 2021.

STF. **ADIs nº 6421, 6422, 6424, 6425, 6427, 6248 e 6431**. Relator: Min. Roberto Barroso. Data do Julgamento: 21 de maio de 2020. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754359509. Acesso em: 15 jun. 2020.

STF. **Mandado de Segurança nº. 24.631-6/DF.** Relator: Min. Joaquim Barbosa, 09 de agosto de 2007. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=506595. Acesso em: 12 de fevereiro de 2021.

ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NA ATUAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Gláucia Maria de Araújo Ribeiro[30]
Rodrigo Monteiro de Paula Leite[31]

INTRODUÇÃO

Ao observar a forma pela qual os processos judiciais são tratados em nosso poder Judiciário, se depare com questões que são amplamente debatidas em nossa sociedade como, por exemplo, o problema no grande número do acervo processual, a falta de celeridade na resolução dos casos mais antigos, a ausência de produtividade, dentre outros. Foi a partir deste momento que debrucei a pesquisar a respeito do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), entender o objetivo de sua criação, sua natureza jurídica e a competência atribuída a este, como e por quem é formado, qual sua importância e onde se encaixa na estrutura organizacional do Judiciário brasileiro e se de fato as medidas implementadas pelo CNJ, são efetivas e eficazes na busca de um Judiciário sustentável, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal (STF), o definiu apenas como órgão de natureza administrativa. Quanto aos procedimentos metodológicos, a pesquisa foi do tipo bibliográfica. Quer

30 Doutora em Saúde Coletiva pela UERJ/RJ. Doutoranda pela UFMG/MG. Mestre em Direito Ambiental pela UEA/AM. Professora da UEA/AM.

31 Acadêmico do Curso de Direito da Universidade do Estado do Amazonas. Bolsista no PIBIC-CNPq.

dizer, a análise se baseou em levantamento bibliográfico, através de dados extraídos de livros, artigos e sites oficiais que indicam, confirmam e municiam informações válidas para atingir os objetivos, uma vez que o título da pesquisa aponta a mensuração do princípio da eficiência do CNJ em números ante os pressupostos da efetividade, eficácia e eficiência deste no âmbito do poder Judiciário no período de 2015 a 2019.

1. O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ)

1.1. HISTÓRICO E OBJETIVO DA CRIAÇÃO

Importante analisar o breve histórico do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), cujas decisões são de natureza cautelar, sendo, portanto, órgão que analisa as questões mais urgentes do poder Judiciário, o que impõe um estudo mais aprofundado sobre o objetivo da instituição deste.

O Ministro Ricardo Lewandowski, do STF, em evento pela comemoração dos 10 anos da Emenda Constitucional nº 45/2004 da CRFB/88, que criou o Conselho Nacional de Justiça, declarou: "Inicialmente, o CNJ foi concebido como órgão de controle, o que é extremamente importante, mas agora encontrou seu caminho traçado pela Constituição, que é o de um órgão de planejamento estratégico do Judiciário". Na redação da EC n° 45/2004, fica claro o compromisso do CNJ com a busca da celeridade processual do Judiciário brasileiro, fazendo com que seja menos moroso, em virtude do grande número de processos que possuímos e se encontram parados, sem andamento, levando, algumas vezes, anos de espera por uma decisão.

Diante desse dispositivo legal, podemos ver que o CNJ é fundamental na busca de três objetivos, quais sejam: (i) a celeridade processual, (ii) a razoável duração do processo, além é claro, (iii) de fiscalizar a atuação dos membros do Judiciário, tendo, por exemplo, um papel fundamental no combate às irregularidades e ilicitudes praticadas por membros do poder Judiciário.

1.2. NATUREZA JURÍDICO-ADMINISTRATIVA

Segundo decisão do STF na ADI nº 3.367/2005, de relatoria do Min. Cezar Peluso o CNJ é órgão constitucional, porém de natureza meramen-

te administrativa. Para explicar o significado dessa expressão transcrevo o art. 103-B, parágrafo 4°, da CRFB/88 sobre a natureza jurídica do CNJ:

> Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo: [...]
>
> § 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

Portanto é vedada, segundo a ADI nº 3.367/2005, a atuação do CNJ, por intermédio de medidas administrativas/normativas revestidas de abstração e generalidade, que pretendam regulamentar matérias inovando o ordenamento Jurídico. Ao CNJ é vedada a atuação como uma corte de cassação ou de revisão de decisões judiciais, pois suas atribuições não se confundem com a função jurisdicional, típica do Judiciário, e das condições materiais do exercício imparcial e independente dos magistrados, segundo os MS nº 28.537/2008 e ADI n. 3.367/2005. Em razão disso, não pode exercer o controle de constitucionalidade das decisões emanadas pelos magistrados, por exemplo.

Merece destaque ainda o posicionamento imposto ao CNJ pelo STF, afirmando que a competência deste está restrita apenas aos órgãos e juízes situados, hierarquicamente, abaixo do STF. Isso porque o STF, órgão máximo do poder Judiciário, tem mandamento constitucional sobre os atos e decisões do CNJ como sujeitos ao controle jurisdicional conforme previsão constitucional. Sendo assim, o CNJ não tem ascendência hierárquica sobre o STF e seus ministros.

2. A COMPOSIÇÃO DO CNJ

2.1. ORGANOGRAMA E PROCESSO DE ESCOLHA DOS CONSELHEIROS

Passado isto precisamos conhecer o organograma do nosso CNJ, que demonstra a estrutura deste, sua organização e funcionamento. Primeiro

grupo principal é o dos conselheiros, que formam o plenário, as comissões e a ouvidoria. A forma como são escolhidos os conselheiros será abordada posteriormente. Já o segundo grupo diz respeito à Presidência do CNJ, que deve ser ocupada pelo presidente do STF, atualmente o ministro Luiz Fux, a qual segundo o organograma administrativo tem como partes relacionadas, além de seu gabinete e seus juízes auxiliares, a Secretaria Geral, a Secretaria Especial de Programas, Pesquisas e Gestão Estratégica, a Secretaria de Auditoria e a Diretoria Geral. Por fim, temos a Corregedoria Nacional de Justiça, responsável direta pela fiscalização dos atos poder Judiciário nacional, formada pela assessoria, o gabinete e os juízes auxiliares.

Sabe-se que o presidente do STF acumula a presidência do CNJ, seu mandato é de dois anos e não pode haver recondução ao cargo, em caso de ausência deste a incumbência passa ao vice-presidente do Supremo. O STF ainda deve indicar um juiz estadual e um desembargador de Tribunal de Justiça para também compor o Plenário do CNJ. Com uma peculiaridade, que para a escolha, é aberto prazo para inscrições dos interessados na vaga e a designação é feita em sessão administrativa.

Já o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem a missão de indicar um ministro para ocupar o cargo na Corregedoria Nacional de Justiça e dois magistrados da Justiça Federal, um de primeiro grau (juiz federal) e outro de segundo grau (desembargador federal). O corregedor é eleito pelo Pleno do STJ e, tradicionalmente, segue critérios de antiguidade no órgão. Para juiz e desembargador federais, segue-se o mesmo rito de processo seletivo das vagas do STF. E o Tribunal Superior do Trabalho (TST) designa um ministro e dois juízes do trabalho, em sessão administrativa, observando a inscrição dos interessados na disputa, seguindo a mesma regra dos demais tribunais superiores.

No entanto, a escolha dos demais integrantes que não integram o poder Judiciário é diferente. Um dos dois conselheiros indicados pelo Ministério Público é selecionado entre as procuradorias estaduais que apresentam 27 indicados (um por unidade da federação) para apreciação da Procuradoria-Geral da República. A outra vaga é preenchida entre os membros do Ministério Público da União que se inscreverem para o cargo entre os membros do Ministério Público de qualquer nível do país.

A escolha de dois conselheiros indicados pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) é feita entre advogados que se candidatam e a eleição

ocorre durante reunião do Conselho Federal da OAB. Já o Senado e Câmara dos Deputados recomendam seus representantes entre pessoas de notório saber jurídico e reputação ilibada. A indicação é feita pelo Plenário de cada Casa. Onde cada uma das Casas detém uma vaga.

É importante saber que cada um dos indicados, exceto o presidente do CNJ, tem seu nome encaminhado ao Senado Federal, que os submete à Comissão de Constituição e Justiça (CCJ). Na CCJ, o candidato é sabatinado e se aprovado, submetido à apreciação do Plenário, onde é necessária maioria absoluta para aprovação (41 votos) entre os 81 senadores. Após a aprovação, o Senado encaminha as autorizações para sanção da Presidência da República.

2.2. COMPETÊNCIA

Como sabemos, o CNJ foi criado para que a prestação jurisdicional seja realizada com moralidade, eficiência e efetividade, em benefício da sociedade, para contribuir com o desenvolvimento do poder Judiciário, tendo como principais trabalhos o planejamento estratégico e a proposição de políticas judiciárias; modernização tecnológica do Judiciário; a ampliação do acesso à Justiça, pacificação e responsabilidade social; e a garantia do efetivo respeito às liberdades públicas e execuções penais.

Sua competência ficou estabelecida no artigo 103-B, § 4º da CRFB/88, que lhe conferiu atribuições para o controle da atuação administrativa e financeira do poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

> **1)** Zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, expedindo atos normativos e recomendações;
>
> **2)** Definir o planejamento estratégico, os planos de metas e os programas de avaliação institucional do Poder Judiciário;
>
> **3)** Receber reclamações, petições eletrônicas e representações contra membros ou órgãos do Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializado;

4) Julgar processos disciplinares, assegurada ampla defesa, podendo determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço, e aplicar outras sanções administrativas;

5) Melhores práticas e celeridade: elaborar e publicar semestralmente relatório estatístico sobre movimentação processual e outros indicadores pertinentes à atividade jurisdicional em todo o País.

É necessário destacar que o próprio o STF deixou claro que o CNJ não tem nenhuma competência sobre a Corte e seus ministros. Porém, reconhece a importância do CNJ como forma de controle externo do poder Judiciário, zelando pelo seu bom funcionamento, sem, contudo, autorizar que este exceda as suas competências.

2.3. AS PUNIÇÕES APLICADAS PELO CNJ

Um ponto que muito incomoda a comunidade jurídica é a forma como são aplicadas as punições aos magistrados no âmbito do CNJ, tendo em vista que, como já mencionado anteriormente, é somente órgão de controle de natureza administrativa é o fato, cuja sanção exarada pelo CNJ se dá somente com o trânsito em julgado da sentença, onde a mais grave das punições aplicadas é uma aposentadoria compulsória ao magistrado por este ser um servidor público.

Ainda que a conduta deste tipo de conduta transgrida a moralidade, eficiência e efetividade do Judiciário, a única pena que ocorrerá com o magistrado infrator na prática será a aposentadoria compulsória, punição administrativa, onde será afastado do cargo público e continuará recebendo o valor de seus rendimentos proporcional ao tempo de serviço prestado.

É um ponto que incomoda a muitos do meio jurídico, pois o CNJ, não deveria ter atribuições meramente administrativas, deveria aplicar sanções mais graves, penais, perda de função, entre outros, porém como foi decidido pelo STF, não é matéria de competência do CNJ. A exemplo, no dia 23 de fevereiro de 2021, ganhou notoriedade no país o caso de uma desembargadora aposentada compulsoriamente pelo CNJ, pois em 2017 fora acusada de usar o cargo para exercer influência pela soltura do filho, preso em flagrante com 130 quilos de maconha e 200 munições de

fuzil. No caso em concreto, a magistrada teria tentado influenciar desde a audiência de custódia até a transferência do filho do presídio de Três Lagoas, em Cuiabá, para uma clínica psiquiátrica.

3. DADOS ESTATÍSTICOS DO CNJ NOS ÚLTIMOS 5 ANOS[32]

A partir deste momento, iremos fazer uma análise a respeito dos dados do CNJ nos últimos cinco anos, para que possamos ver estatisticamente qual a importância deste órgão para o judiciário brasileiro.

3.1. ANO DE 2015

No ano de 2015 os Índices de Produtividade dos Magistrados (IPM) e dos Servidores da Área Judiciária (IPS-Jud) aumentaram em 3,7% e 3,9%, respectivamente. Já a carga de trabalho, índice que mede o número de procedimentos pendentes ou resolvidos no ano (processos, recursos internos e incidentes) por magistrado e servidor, aumentou, proporcionalmente, ainda mais, em 6,5% e 6,7%, de modo respectivo.

O índice de conciliação, outra novidade que passou a compor o relatório a partir do ano, resultado percentual de sentenças e decisões resolvidas por homologação de acordo. Definiu que em média, apenas 11% das sentenças e decisões foram homologatórias de acordo. Foi demonstrado que a Justiça que mais fazia conciliação era a Trabalhista, que consegue solucionar 25% de seus casos por meio de acordo, valor que aumentava para 40% quando apenas a fase de conhecimento de primeiro grau era considerada.

É importante destacar que no ano em questão a recorribilidade no poder Judiciário estava substancialmente presente na segunda instância e nos Tribunais Superiores, também devemos observar que a recorribilidade interna do 2º grau chegava a ser quase 6 vezes mais frequente do que a do 1º grau, ou seja, se recorria bem mais nas cortes superiores, do que na Justiça de primeiro grau, comprovadamente pelos dados apresentados.

32 Os relatórios disponíveis até a data são somente até o ano de 2020, tendo como base o ano de 2019.

O percentual de processos que ingressam eletronicamente no Poder Judiciário tem crescido linearmente, em curva acentuada, desde 2012. Outro dado interessante é que no referido ano na Justiça Federal, Militar Estadual e Eleitoral, os processos baixados superaram os casos novos apenas no 2º grau, resultado este que viria a mudar com o passar dos anos tendo em vista a priorização do julgamento dos casos antigos em relação aos novos em nosso poder judiciário conforme estabelecido pelo CNJ, na busca pela redução do congestionamento e diminuição do acervo processual.

3.2. ANO DE 2016

No ano de 2016 cada juiz brasileiro solucionou 1,749 mil processos, mais de sete por dia. O número de casos sentenciados registrou a mais alta variação da série histórica, neste ano o número de sentença e decisões cresceu 11,4%. Alcançando, a incrível marca de 30,8 milhões de casos julgados.

A taxa de congestionamento, que mede o percentual de processos em tramitação que não baixou durante o ano, permanecendo alta, com percentual de 73%. Portanto, apenas 27% de todos os processos. Porém o índice de atendimento à demanda, o indicador que verifica se o tribunal foi capaz de baixar processos pelo menos em número equivalente ao quantitativo de casos novos, teve um percentual 100,3%, o que demonstra um esforço para evitar o aumento dos casos pendentes. No mesmo ano, o percentual de processos novos ingressados pelo meio eletrônico no poder Judiciário foi de 70,1%. O que já podemos concluir que nesse período é a significativa transformação do processo judicial em eletrônico. Cabe destacar também a queda no percentual de recursos judiciais pelo quarto ano seguido, tendo, portanto, os processos se resolvido no primeiro grau com maior facilidade.

Para finalizar, tem-se a queda de processos novos e o crescimento do número de casos pendentes. Ingressaram na Justiça 3 milhões de novos casos criminais: 1,9 milhão (62,9%) na fase de conhecimento (1º grau); 443,9 mil (15%) na fase de execução; 18,4 mil (0,6%) nas turmas recursais; 555,2 mil processos (18,7%) no 2º grau; 80,6 mil (2,7%) nos tribunais superiores.

3.3. ANO DE 2017

No ano de 2017 foi o de menor crescimento do estoque, com variação de 0,3% e total de 80,1 milhões de processos que aguardam uma solução definitiva. Isso significa um incremento de 244 mil casos pendentes em relação a 2016, onde se tem como principal fator de morosidade da Justiça as execuções fiscais: em 2017, eram 39% do total de casos pendentes, com congestionamento de 92%. O ano foi de grande produtividade, onde em valores absolutos, significa dizer que cada magistrado julgou 1.819 processos, ou 7,2 casos por dia útil, sem descontar períodos de férias e recessos. Porém, não houve redução do acervo de processos, mantendo a carga de trabalho bruta constante durante todo o ano.

Foi verificado que o tempo da sentença e da baixa estão em ascendência, enquanto o tempo do processo pendente diminuíram, o que se tratou de um resultado positivo, significando que estão foram priozizadas as soluções dos casos mais antigos, reduzindo o tempo do acervo, estando assim em conformidade com uma das metas do CNJ, tornando mais eficiente o judiciário e provando assim a cada vez mais a importância do conselho. O maior índice de produtividade dos conselheiros, com um número de em média 686 processos baixados por membro do Conselho, ocorreu em 2017.

3.4. ANO DE 2018

Pela primeira vez no ano de 2018 houve uma queda na quantidade de processos pendentes nos órgãos do Judiciário brasileiro. A redução do estoque indica que a Justiça solucionou mais processos que o número de ações ingressadas. O estoque de processos pendentes ao final do ano, foi de 78.691.031 ações, o que representa queda de 1,2% em relação a 2017. Em contrapartida, o número total de casos novos ingressados foi de 28.052.965 processos, o que indica uma redução de 1,9%.

A produtividade registrou os maiores valores em relação aos últimos 10 anos, com a produtividade média dos magistrados cresceu em 4,2%, atingindo o maior percentual da última década, com média de 1.877. O número de sentenças também cresceu: foram julgados quase um milhão de processos a mais do que no ano anterior (2017). O número de senten-

ças chegou ao ápice da série histórica: 32.399.651, mostrando de fato a eficiência alcançada no poder Judiciário com o passar dos anos, através das metas impostas pelo CNJ.

Os dados de tempo médio dos processos indicaram que o Judiciário continuou a solucionar os processos mais antigos. Neste ano o tempo médio do acervo caiu de 5 anos e 6 meses em 2015 para 4 anos e 10 meses em 2018. Porém o tempo médio até a sentença subiu de 1 ano e meio em 2015 para 2 anos e 2 meses em 2018. Constatou-se que a execução é a fase mais demorada: eram necessários, em média, 5 anos e 11 meses para dar baixa a um caso em execução e, assim, dar fim ao processo, portanto podemos ver uma demora em processos de execução e um retrocesso em relação ao tempo das sentenças em comparação aos anos anteriores.

A informatização dos procedimentos no poder Judiciário teve prosseguimento em 2018 com a abertura de 20,6 milhões de casos por meio eletrônico, montante equivalente a 83,8% dos processos iniciados no ano. Em 10 anos cobertos pela série histórica do *Relatório Justiça em Números 2019*, observa-se o ingresso de 108,3 milhões de casos em formato eletrônico. Neste ano mais de 83% dos casos novos de 2018 foram peticionados eletronicamente. Com relação aos processos físicos estes ficaram reduzidos a 16,2% do total. Tendência observada ao longo dos anos e que no ano de 2018 continuou a se confirmar, a entrada cada vez maior do Processo Judicial Eletrônico no Judiciário, propiciando celeridade, eficácia, diminuindo o tempo de tramitação e diminuindo também o volume do acervo.

3.5. ANO DE 2019

No ano de 2019 foi confirmada a redução no acervo processual da Justiça Brasileira, com o total de 77,1 milhões de processos ao fim do ano. Esta redução foi de aproximadamente 1,5 milhão de processos aguardando solução definitiva. O número de casos pendentes de 2019 se assemelha com o de 2015. Sendo o segundo ano consecutivo de queda no número de casos pendentes, como observado no ano de 2018.

Nesse ano ocorreu a menor taxa de congestionamento da série histórica: 68,5%, sendo esse o menor índice verificado em todos os anos. Aproximadamente 31,5% de todos os processos que tramitaram foram

solucionados. Com relação ao índice de produtividade dos servidores da área judiciária este também cresceu ficando em 14%, tendo assim uma média de 22 casos a mais baixados por servidor em relação ao ano anterior.

Com relação as execuções fiscais, principais responsáveis pela alta taxa de congestionamento do Poder Judiciário, estas se destacaram no ano de 2019 pelo intenso ritmo de recuperação de ativos. Onde no ano foram recuperados cerca de R$ 47,9 bilhões como resultado das execuções, ou para melhor ilustrar: 62,7% de toda a receita do Judiciário no ano e um aumento de quase R$ 10 bilhões.

Por fim, a tendência de virtualização, da Justiça brasileira, que já vínhamos observando, não só foi confirmada como acelerou em 2019, quando nove em cada dez ações judiciais foram iniciadas em um computador, um celular ou um *tablet* – dez anos antes, a proporção era de um a cada dez. Teve-se um volume recorde de 23 milhões de processos novos eletrônicos, apresentados entre janeiro e dezembro do ano. Sendo em 2019, considerado todo o acervo de processos judiciais que tramitavam na Justiça, apenas 27% eram de papel, o que demonstra claramente a informatização dos meios processuais que foi observasa durante o nosso estudo.

CONCLUSÕES

Ante o exposto, é possível concluir que, de fato, o CNJ é primordial para o poder Judiciário brasileiro, este atua como órgão de fiscalização do ponto de vista administrativo e financeiro, além de verificar a produtividade e eficiência. É o principal órgão de controle nacional. Porém sabemos que a realidade de nosso sistema é dura. Processos demoram anos para serem solucionados, o acervo processual ainda é muito vasto, a informatização do processo ainda não foi totalmente atingida e apesar dos resultados obtidos pelo CNJ serem bons, não obstante são insuficientes diante da gravidade do problema. Contribui para isso o fato de ser órgão de natureza administrativa, onde sua mais severa punição é a aposentadoria compulsória, ainda que diante dos casos mais graves o CNJ não pode aplicar punições mais severas, pois refoge sua competência administrativa.

O CNJ é um órgão muito bem estruturado, mas necessita dos mecanismos necessários para que possa desempenhar seu papel e tornar cada vez mais o poder Judiciário eficiente e sustentável.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ) – Mandado de Seguranla n° 28.537 (2008/0286609-2). Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Minas Gerais- MG- Data da Publicação: 10. 06.2015

_____. Supremo Tribunal Federal (STF) – Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.367-1 Distrito Federal. Relator: Ministro Cezar Peluzo. Brasília- DF. Data da Publicação: 22.09.2006.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF) –Mandado de Segurança nº 33.570 – Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília- DF. Data da Publicação: 22.06.2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Corregedoria Nacional.** Disponível em: https://www.cnj.jus.br/corregedoriacnj/. Acesso em: 06 mar. 2021.

_____. **Justiça em Números 2016.** Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/b8f46be3dbbff344931a933579915488.pdf. Acesso em: 22 mar. 2021.

_____. **Justiça em Números 2017.** Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/08/e5b5789fe59c137d43506b2e4ec4ed67.pdf. Acesso em: 22 mar. 2021.

_____. **Justiça em Números 2018.** Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/08/0b1869fcec5ee7b8cb4ba1c3a8e269c7.pdf. Acesso em: 20 mar. 2021.

_____. **Justiça em Números 2019.** Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/8ee6903750bb4361b5d0d1932ec6632e.pdf. Acesso em: 21 mar. 2021.

_____. **Justiça em Números 2020.** Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB_V2_SUMARIO_EXECUTIVO_CNJ_JN2020.pdf. Acesso em: 16 mar. 2021.

_____. **Justiça em Números 2020: nova edição confirma maior produtividade do Judiciário.** Disponível em: https://www.cnj.

jus.br/justica-em-numeros-2020-nova-edicao-confirma-maior-produtividade-do-judiciario/. Acesso em: 02 fev. 2021.

_____. **Organograma do Conselho Nacional de Justiça.** Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp content/uploads/2019/08/1652480f-23c1a66f90ae138e8c87150d.pdf Acesso em: 04 mar. 2021.

_____. **Organograma do Conselho Nacional de Justiça.** Disponível em: https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/agenda-2030/organograma-do-cnj-e-as-intersecoes-com-agenda-2030/ Acesso em: 04 mar. 2021.

_____. **Reforma constitucional que criou CNJ completa 10 anos**, 2014. Disponível em**:** https://www.cnj.jus.br/reforma-constitucional-que-criou-cnj-completa-10-anos/. Acesso em: 13 jan. 2021.

ORTEGA, Carlos Eduardo. A competência do Conselho Nacional de Justiça e o seu controle pelo Supremo Tribunal Federal. **Migalhas**, 2011. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/129361/a-competencia-do-conselho-nacional-de-justica-e-o-seu-controle-pelo-supremo-tribunal-federal. Acesso em: 08 mar. 2021.

PANSIERI, Flávio. Conselho Nacional de Justiça. **Encicloédia Jurídica da PUC-SP**, 2017. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/52/edicao-1/conselho-nacional-de-justica#:~:text=Merece%20destaque%20ainda%20o%20posicionamento,abaixo%20do%20Supremo%20Tribunal%20Federal. Acesso em: 14 fev. 2021.

PODER 360. **CNJ decide aposentar desembargadora que beneficiou filho preso em MS**, 2020. Disponível em: https://www.poder360.com.br/justica/cnj-decide-aposentar-desembargadora-que-beneficiou-filho-preso-em-ms/. Acesso em: 15 mar. 2021.

SOUZA, Isabela. O que faz o Conselho Nacional de Justiça (CNJ)? **Politize!**, 2017. Disponível em https://www.politize.com.br/cnj-o-que-faz/. Acesso em: 13/01/2021 – 21:30

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF): **A Constituição e o Supremo**, 2006. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=8750. Acesso em: 13 jan. 2021.

O ENCARCERAMENTO DE GESTANTES NA PENITENCIÁRIA FEMININA LEMOS DE BRITO, NA CIDADE DE SALVADOR

Jasmine Lima de Melo[33]

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por objetivo identificar e analisar os dispositivos normativos contidos no ordenamento jurídico e que fossem relacionados ao tema, e conjugar essa análise à realidade encontrada na Penitenciária Lemos de Brito, utilizando, para tanto, as repetidas infrações que são submetidas as mulheres em condição de gestante e pós-parto tendo como ferramenta teórico-metodológica e tendo como base pesquisa empírica feita pela equipe, material de apoio sobre o assunto (pesquisas acadêmicas, livros, notícias etc.), utilização de códigos e leis que ditam a matéria, jurisprudência e histórico de manutenção e perpetuação de um sistema que é falho.

Trata-se de uma investigação concentrada em estudos sobre mulheres, encarceramento, maternidade e políticas públicas, trazendo à tona a ausência de mecanismos que garantam que os direitos sobre os assuntos voltados às encarceradas nessa situação se concretizem e sejam respeitados. O trabalho se baseia em estudo de campo de cunho sociológico realizado no dia 28 de junho de 2018.

33 Graduanda em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

EIXO JURÍDICO

Os dispositivos normativos que protegem as gestantes e mulheres em situação de pós-parto dentro do sistema carcerário são encontrados na Constituição Federal (art. 5º, L), no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 8º, § 1º e ss), no Código de Processo Penal (art. 318) e, ainda, na Lei de Execuções Penais (art. 83 e 89).

A histórica decisão do Supremo Tribunal Federal, que deferiu às presas em prisão cautelar ou provisória a conversão desta para a prisão domiciliar,[34] tem, entre seus acertados embasamentos jurídicos, a revalorização de um princípio essencial ao Direito Penal, qual seja, o princípio da pessoalidade, da intranscendência ou intransmissibilidade da pena, segundo o qual a sanção decorrente de prática de delito só pode atingir a pessoa de seu autor e ninguém mais, não devendo então, se estender aos filhos o sofrimento de ter suas mães longe de si.

É óbvio que, ao vedar as mínimas condições de saúde e adequado desenvolvimento da gestação à presa, o Estado passa a penalizar de forma cruel e indigna a própria criança, o nascituro, o mesmo valendo para os casos de presa puérpera ou mãe de filho menor de 12 anos que dela dependa integralmente, pelas diversas razões jurídicas existentes e abordadas na ação de Habeas Corpus (inexistência de cônjuge, inexistência de outros parentes vivos ou conhecidos, situação de criança com deficiências físicas ou mentais ou outras patologias graves).

EIXO TEÓRICO

"C(ELAS)", da diretora Gabriela Santos Alves, mostra parte do dia a dia de mulheres grávidas ou mães de recém-nascidos na Penitenciária Feminina de Cariacica, no Espírito Santo, a única penitenciária do estado que contém a ala específica para mães, chamada de "alojamento materno infantil". O fato de essa penitenciária ser a única a ter espaço para essas mulheres e seus filhos faz com que se recebam lá mulheres de todo o estado. O que mais fica claro durante o documentário é o sentimento dividido das mães em manter ou não seus filhos consigo nas penitenciárias.

34 HC 143.641/SP.

A dor da separação, para muitas, é motivo para decidir nem sequer amamentar seus filhos, por imaginar a difícil readaptação, para a criança, num novo lar, com novas referências que não a mãe, com quem ficaria por, no máximo, seis meses, segundo a lei. "Dizem que você não está tendo atitude de mãe", diz uma delas, ao apontar o julgamento que recebem quando elas decidem evitar essa dor.

O segundo documentário, "Nascer nas Prisões – gestar, nascer, cuidar", da diretora Bia Foretti, faz parte de uma série que integrou uma pesquisa da Fiocruz nos anos de 2012 e 2014. Essa pesquisa contemplou todos os presídios femininos das capitais e das regiões metropolitanas do Brasil, com enfoque para mulheres gestantes. Muitas dessas mulheres não tinham sido julgadas e a grande maioria já chegava ao presídio estando grávida; apenas poucas engravidaram nas unidades, em visitas íntimas, por exemplo.

Outro aspecto abordado no documentário é a necessidade de se fazerem exames quando da entrada na mulher no presídio, porque muitas vezes não se sabe da gravidez dessas mulheres, ou de possíveis doenças que elas possam ter. O pré-natal, também essencial, ajuda a prevenir a transmissão vertical de algumas dessas doenças, isto é, da mãe para os filhos. As mulheres estão também, muitas vezes, expostas a casos de violência obstétrica e outras situações degradantes, como o fato de ficarem algemadas durante o parto. Outra denúncia feita por elas é quanto ao acompanhamento na hora dar a luz. Normalmente, elas só são acompanhadas pelas agentes penitenciárias, o que está errado, uma vez que o art. 8º, §6º do Estatuto da Criança e do Adolescente afirma que a parturiente tem o direito de escolher seu acompanhante não só na hora de dar a luz, mas também durante o período pré-natal e pós-parto.

Outras de nossas fontes de pesquisa foram duas obras literárias: "Prisioneiras", do médico Dráuzio Varella, e a outra, o livro "Presos Que Menstruam", da jornalista e escritora Nana Queiroz.

A primeira, "Prisioneiras", foi usada mais como complementar, já que contempla mais outras questões relacionadas ao encarceramento de mulheres, e não foca especificamente na situação das gestantes, com exceção de um capítulo, em que o médico fala sobre o sofrimento das mulheres quando da separação de seus filhos. Essa passagem encontra-se de acordo com a realidade que nos apresentou o documentário C(ELAS).

Além disso, o autor menciona rápida e superficialmente como era o processo que envolvia o parto, amamentação e entrega da criança, denunciando que houve tempo em que o prazo mínimo de seis meses destinado à amamentação da criança não era cumprido na penitenciária em que ele esteve trabalhando (VARELLA, D., 2017, p. 45-46).

A segunda obra, "Presos Que Menstruam", foi uma referência mais completa sobre o tema, por considerar muitos elementos relacionados ao encarceramento de mulheres, inclusive muitos que até fugiam da alçada do nosso recorte temático. A partir dessa obra, pode-se perceber que o sistema carcerário apaga a singularidade das mulheres, adotando posturas iguais para elas e para os homens, não apenas em relação ao acesso à saúde e higiene, como também, no que tange aos abusos e violências físicas. Ademais, essa postura truculenta, adotada tanto pelas polícias, no momento da prisão, quanto pelas carcereiras, com as mulheres já no espaço prisional, ocorrem também contra seus corpos em gestação, sobre um completo desrespeito à maternidade e à grande fragilidade do feto coberto pela placenta e fracamente protegido pelo corpo da mãe. Em alguns casos, elas são encaminhadas ao IML para fazerem corpo delito, mas as devidas investigações e as necessárias punições aos agressores não seguem adiante, sendo barradas pelo sistema.

Uma das críticas levantadas com o intenso ingresso de mulheres no sistema prisional é a necessidade de um tratamento diferenciado, em comparação com os homens, como as maiores demandas e custos em artigos de higiene, além de sua postura mais ativa e crítica frente ao sistema. Em relação a esse comportamento crítico, os próprios gestores das prisões femininas citam a maior dificuldade em conter as rebeliões internas, desenvolvidas por elas, em relação, principalmente, ao tempo levado para conter o público masculino.

Nessa concepção comparativa entre o espaço prisional masculino e o feminino, mostra-se como essencial e necessário que se adaptem as ações para direcioná-las às demandas femininas, independentemente dos custos extras que lhes incumbirão ao Estado, para prover as mulheres da dignidade que é fundamento do próprio Estado Democrático de Direito, segundo o qual todos vivemos no Brasil.

É válido considerar o modo maiúsculo como as mudanças no plano emocional afetam as gestantes que ingressam no sistema prisional, e, muitas vezes, antecipam o parto, sendo um fator extra que colabora para fragilizar a saúde dos bebês que vêm a nascer prematuros e com inúmeras

dificuldades ao seu desenvolvimento. Por consequência, a saúde física de suas mães, como um espelho do seu emocional fragilizado, também é afetada. Aliado a isso, somam-se inúmeras dificuldades em prestar assistência às mulheres a partir do momento em que iniciam o trabalho de parto.

Ainda no espaço-temporal do parto, assim como todas as mulheres brasileiras, as mães em situação de cárcere têm direito a receber anestésico, impedindo que seu sofrimento ao parir seja visto como merecido, pela situação de desvalor sobre a qual essas mulheres são vistas pela sociedade como um todo. É importante que essas mulheres, não apenas por viverem em um espaço que silencia sua autodeterminação e impede seu pleno desenvolvimento como seres humanos, como também por serem impedidas de conhecerem sobre seus próprios direitos, aprendam a reconhecer as ações que configuram violência para com seu corpo grávido. Dentre essas ações, podemos citar: o profissional jogar o peso de seu corpo sobre a gestante, pressionando sua barriga para agilizar o procedimento e a saída do bebê; impedir a livre escolha da posição para parir, amarrando ou forçando a mulher a permanecer em determinadas posições; intervenções sem necessidade, como o uso do bisturi para violar o ampliar a saída vaginal, e acelerar um movimento natural de expansão desse canal; terrorismo emocional de qualquer espécie, por exemplo, ameaçando as mulheres de "mau comportamento" com uma possível morte da criança; exames de toque excessivos e dolorosos; amarrar ou algemar a gestante, para contê-la de alguma forma, ou ao negar o direito a um acompanhante.

Já no contexto após o nascimento, além de não poderem segurar seus filhos, que também é um direito delas, essas mulheres são imediatamente algemadas às camas, isso nos casos em que foi respeitado o seu direito a não ser algemada durante o parto. No espaço prisional, por sua vez, as alas maternas exclusivas, quando presentes, ainda que seja exigência prevista tanto pelo art. 83, §2º quanto pelo art. 89, ambos da Lei de Execuções Penais, se tornam superlotadas, ao ponto de que mulheres e bebês são forçados a acomodarem-se no chão. Ou seja, um espaço que deveria proporcionar um mínimo de conforto e acolhimento a dois seres humanos em condição de extrema fragilidade física, emocional e psicológica, apenas reforça o descaso do poder público em tratar essas pessoas com a dignidade que lhes é condizente, reforçando o quanto são marginalizados pela sociedade. Nesse sentido, apesar do nosso objeto de estudo se centralizar nas figuras maternas, sua condição de cárcere

reflete diretamente na visão que a sociedade constrói sobre seus bebês, discriminando-os e despejando sobre eles concepções extremamente deterministas no que diz respeito ao seu futuro e desenvolvimento.

A partir daí, são dois os posicionamentos principais adotados pelas mães: primeiro, a culpa por pensar que seu histórico criminalizado vai refletir diretamente no futuro dos seus filhos; e, em segundo plano, elas utilizam da sua ânsia por cuidar e acompanhar o desenvolvimento de seus filhos no ambiente externo à prisão como propulsor para o bom comportamento e como mantenedor das suas esperanças em relação à sua liberdade, ou seja, veem seus filhos como um fator de reinserção social. As mães, em depoimentos de imenso sofrimento, desconhecem seus próprios filhos, incluindo seus hábitos e suas singularidades. Elas perdem seu desenvolvimento durante o período em que estão presas, sendo completamente privadas de acompanhar suas conquistas, desde os primeiros passos dos recém-nascidos, passando pelas primeiras palavras, pelo primeiro campeonato esportivo e até chegar aos aniversários de seus filhos, que, para elas enquanto encarceradas, significam muito mais sofrimento do que celebração. Sua relação com os filhos vai além de ausência, pois, muitas vezes, a necessidade de sustentá-los, aliada à falta de amparo e de expectativas futuras, é o fator que desencadeia sua vida na criminalidade. Em maioria, são pessoas que vivem em situações penosas, que buscam o tráfico como sustento. Essas mesmas condições precárias, por sua vez, também se mostram como parte da realidade das mulheres que saem em liberdade e que são tachadas, por um injustificável preconceito, como ex-detentas, e, consequentemente, encontram inúmeras dificuldades para conseguirem empregos. Outro fator que influencia na sua inserção no mundo do crime é que são massivamente vítimas de violências domésticas, sejam físicas ou psicológicas, sendo forçadas por seus companheiros a traficarem.

Educar as mulheres a conhecerem sobre seus direitos, para poderem exigi-los, é essencial, visto que, em grande parte das vezes, elas ao menos sabem a que devem ter acesso, para garantir sua segurança e desenvolvimento enquanto mães e seres humanos, além de evitar que fiquem à mercê da vontade e da empatia dos profissionais que lhes rodeiam, como carcereiros, gestores, profissionais de saúde etc.

É extremamente importante, principalmente para as mulheres que não tiveram acesso aos exames pré-natal, que as encarceradas façam-se valer do

seu direito a dar à luz no hospital, pois, nesses ambientes existem utensílios, mecanismos e profissionais especializados em cuidar, além de estarem preparados para melhor lidarem com imprevistos, como em relação aos partos em situação de risco, ou aos bebês que nascem com problemas de saúde. Há relatos de encarceradas sobre diversos problemas ainda no ambiente hospitalar, como, em alguns casos que, para efetivarem-se de seu próprio direito de amamentar, estavam submetidas à caridade de determinados profissionais de saúde, principalmente ao driblarem o guarda prisional presente. Algumas somente poderiam sair do quarto e se dirigirem ao berçário para amamentar uma vez por dia, que era o momento em que o guarda se dispunha a lhes acompanhar até lá, visto que não poderiam se retirar daquele espaço longe da presença desse representante penitenciário.

Em 28 de maio de 2009, o então presidente Luiz Inácio Lula da Silva sancionou a Lei nº 11.942, que assegurava às presidiárias o direito de um período de amamentação de no mínimo seis meses e cuidados médicos aos bebês e a elas. Entretanto, a lei submete sua aplicação às "normas de finanças públicas aplicáveis", ou seja, submete-se aos meios materiais financeiros disponíveis. Por exemplo, quando faltam verbas e os berçários e creches, quando presentes no espaço carcerário, estão superlotados, simplesmente improvisam-se novos. Nessa preparação emergencial, a qualidade do espaço e as condições para sua criação não são prioridades, abrindo alas para que, por exemplo, esvaziem-se uma cela comum, superlotando as outras, para atender às mães e seus bebês, ou, até mesmo, transformam as enfermarias nesses espaços requeridos pela lei, precarizando ainda mais esse ambiente, que também sofre com insalubridades e poucos recursos.

Quase a totalidade das mulheres que são encarceradas são mães, e, quando ingressam no sistema prisional, seus filhos seguem para a tutela de parentes ou do próprio Estado, entre orfanatos ou reformatórios juvenis, para os que as Varas de Infância e Juventude responsáveis classificam como delinquentes. Dentre os parentes, poucos são os pais, tendo nos avós maternos os centros da guarda das crianças. A perda da guarda de seus filhos é um dos tópicos que mais atormentam as mães encarceradas, principalmente pelo choque emocional que a separação física já causa nelas.

No aspecto da higiene e artigos de limpeza, o poder público disponibiliza mensalmente um *kit* para cada mulher, que é completamente insuficiente, sem falar no quesito qualidade. Nas penitenciárias, são dois papéis

higiênicos, e 16 absorventes. Em raros locais, algumas recebem um sabonete e um tubo de pasta de dentes, não sendo suficientes para assegurar o mínimo de dignidade para sua vida dentro das prisões.

O trabalho de conclusão de curso de graduação é do pesquisador Adson Bizerra Lima, estudante do curso de Serviço Social da Universidade Católica de Salvador. Ele fez um estudo de caso no Conjunto Penal Feminino de Salvador, o mesmo espaço amostral utilizado, em que desenvolve um panorama geral do perfil da mulher penitenciária que, ao lado dos dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, nos foi muito útil para a primeira noção quanto ao tema, para entender de quais mulheres estaríamos falando ao abordar o encarceramento feminino. A partir desse panorama, o pesquisador sustenta sua monografia sob a problematização dos fenômenos interseccionados com os fatores de gênero, raça e classe. As mulheres encarceradas, como já foi superficialmente citado, são, em geral, negras ou pardas, a grande maioria é mãe e não possui nenhum ou quase nenhum estudo formal, além de integrarem classes sociais de menor poder aquisitivo.

Além disso, a pesquisa de Adson faz um rico apanhado histórico da formação das penitenciárias e, em especial, das penitenciárias exclusivas para mulheres – minoria absoluta e que somam apenas 7% do total –, em que fica claro o planejamento desses espaços pensados para homens, o que se encontra em consonância com o que fora observado na obra de Nana Queiroz. Entre as principais consequências disso, podemos destacar o despreparo dessas instituições punitivas para lidar com a questão da gravidez, por exemplo, específica das mulheres, o que significa dizer que, nesse pequeno universo de casas de detenção destinadas a mulheres, um número ainda menor compreende aquelas que possuem alas específicas dedicadas a abrigar gestantes e mães em período de amamentação, como está explicitamente exigido no art. 89 da Lei de Execuções Penais, transcrito nas páginas 9 e 10 deste relatório.

PESQUISA DE CAMPO

No Conjunto Penal Feminino de Salvador, contatou-se uma agente penitenciária e com a coordenadora de atividades laborativas que são úteis para remissão de pena, além das 8 encarceradas entrevistadas. Lá, há 81 mulheres encarceradas, das quais 47 estão sentenciadas e 34 estão na

condição de presas provisórias. Apesar desse cenário, tanto a coordenadora das atividades laborativas, quanto a agente penitenciária entrevistada, afirmaram não ser essa uma situação comum. O que geralmente acontece é uma maioria de mulheres presas provisoriamente, como era, por exemplo, até o ano de 2014 – ano que foram publicados tanto o trabalho de conclusão de curso de Adson quanto a dissertação de mestrado de Carla Adriana –, em que havia mais de 200 mulheres presas no Conjunto Penal Feminino.

Referente à estrutura do espaço, observamos algumas salas de aulas, além de uma sala de costura, biblioteca e salão de beleza, aos quais as mulheres sentenciadas podem ter acesso ou como estudantes, ou trabalhando na execução e organização das tarefas, como métodos de remissão de pena e, consequentemente, como uma futura oportunidade de ressocialização social. No entanto, não nos fora mencionado se esses espaços são apenas para as mulheres sentenciadas, ou se todas podem acessá-los, entretanto, o método de remissão de pena apenas se aplicaria às sentenciadas.

Apesar do recorte se centrar na questão da maternidade, o próprio modelo de questionárioutilizado demanda perguntas mais gerais, que abarquem, inclusive, as demais mulheres presentes no grupo, que não atendem à demanda da maternidade, até mesmo para incluí-las numa realidade já excludente.

Além disso, devido à fidelidade dos relatos, através da excelente memória e da convivência das entrevistadas com mulheres que ali estiveram e que viveram a maternidade, a única questão em que nos sentimos prejudicadas por não ter a oportunidade de entrevistar uma mulher que tenha vivido a gravidez e amamentado dentro do sistema prisional foi referente às impressões e comoções referentes à dor da separação.

ENTREVISTA COM AS DETENTAS

1.**Como é o dia a dia de vocês aqui?**

Para as presas em sua totalidade, inclusive gestantes e recém-paridas, as celas abrem 7h45min durante um período de oito horas, para elas limparem a celas e interagirem entre si. Fecham novamente às 15h45min e só reabrem na manhã seguinte. O tempo que ficam do lado de fora, dedicam a limparem as celas, socializarem, tomarem café da manhã e fazerem as

outras duas refeições, sendo a última realizada entre as 15h e 16h. Quanto a esse aspecto, elas se manifestaram insatisfeitas com a qualidade, quantidade e higiene dos alimentos oferecidos. Uma delas chegou a mencionar situações em que foram encontrados vestígios de unhas e insetos na comida. Além disso, no tempo em que ficam do lado de fora, podem usar o orelhão, relatado por elas como uma reconquista recente, já que passaram por um período de 5 meses sem acesso ao aparelho. Segundo elas, é um elemento que representa conforto e aproximação com as famílias, principalmente no sentido de que se configura como fomentador da independência delas frente ao sistema "oficial" e limitado de comunicação dentro da penitenciária.

2.**Como acontecem as visitas de vocês? Vocês costumam receber? E quem normalmente visita, pessoas da família? E com relação às visitas íntimas, como acontecem?**

O espaço de reunião é conjunto, na frente das celas, e quem possui colchão, pode disponibilizá-lo para as famílias sentarem. As visitas permitidas, segundo elas, são apenas de parentes de primeiro grau, companheiros ou companheiras. A maioria disse que apenas companheiros e companheiras "oficiais", isto é, legitimados em casamento ou união estável podem fazer visitas; uma delas, no entanto, afirmou que, caso feito o devido cadastro quando do ingresso da presa, namorados e namoradas também podem fazê-lo. Inclusive a esses últimos, também seria permitido o acesso nas visitas íntimas. Essas visitas ocorrem uma vez por mês, mediante agendamento. Antes de acontecerem, elas têm contato com um médico, que lhes fornece preservativos e acesso ao contraceptivo oral, ou injeção, além de informações referentes ao assunto.

3.**Como vocês fazem nos dias de menstruação? Recebem absorventes? E outros materiais de higiene, tipo pasta de dente, sabão, xampu?**

Segundo relato das detentas, a distribuição de absorventes e sabonete, apesar da qualidade inferior, é regular. Não dizem o mesmo, no entanto, com relação a shampoo, desodorante e hidratante para a pele, dos quais apontaram sentir falta.

4.**Alguma de vocês é mãe? Quantos filhos você tem? Eles costumam visitar vocês?**

Das 8 encarceradas que participaram da entrevista, 5 possuem de um a dois filhos, entre 9 e 20 anos de idade. Existe um dia específico da semana para receber crianças, às quartas-feiras, que, quando menores de idade, dependem do responsável legal para acompanhá-las. Nos dias festivos, as crianças também podem fazer visitas. Esses dias são lembrados como momentos de alegria, como também de saudade dentro do cárcere.

5.**Alguma de vocês teve bebê enquanto estava aqui? Ou conhecem alguém que passou por isso? Existe período e local específico para amamentar o bebê? E as mães têm acesso a fraldas e outros objetos para a saúde do bebê, como talco, lenços umedecidos, remédio, vacinas?**

Nenhuma das presentes esteve grávida durante o cárcere. Entretanto, representaram a voz de diversas mulheres que ali estiveram, grávidas ou com seus bebês, naquele ambiente. Falaram de mulheres que chegaram grávidas e outras que engravidaram na própria casa de detenção, uma delas, por exemplo, por falha de método contraceptivo. Elas nos informaram que antes havia um espaço específico, chamado de "galeria B", isolado, em que as mães e gestantes ficavam separadas das outras, mas afirmaram que esse espaço não era mais utilizado, dizendo, inclusive, que já tiveram bebês que ficaram nas celas comuns junto com suas mães e outras presas. Esses bebês podem ficar até o período de seis meses, entretanto, uma delas afirmou que uma das mães conseguiu permanecer com a criança até os 9 meses de vida.

Quanto aos objetos para o bebê, elas afirmaram que as mães têm acesso a enxoval completo, totalmente doado por Igrejas, compreendendo berço, banheira, fraldas, talco, lenços umedecidos. Os bebês recebem acompanhamento médico completo, incluindo vacinas em unidades públicas de saúde. Segundo elas, as maiores beneficiadas das doações, não apenas para os bebês, mas também itens de higiene pessoal, são mulheres que não recebem visitas.

6.**As gestantes recebem acompanhamento médico e pré-natal? Existe a possiblidade de escolha de como vai acontecer o parto (cesárea ou natural)?**

As entrevistadas afirmaram categoricamente que as gestantes recebem acompanhamento médico pré-natal completo, com direito a exames de ultrassonografias, e outros gerais, incluindo sangue, fezes, urina, além de garantirem que as mulheres são encaminhadas a hospitais para darem à luz, sendo que o tipo de parto é determinado pelo médico responsável.

As detentas afirmaram que o encaminhamento das mulheres aos hospitais se dava de modo emergencial, assim que se identificavam as dores do parto, e que elas não eram levadas algemadas, como já observado num período de cerca de três anos atrás, segundo relato de uma das privadas de liberdade que estava lá há mais tempo.

ENTREVISTA COM INTEGRANTE DA ADMINISTRAÇÃO

Na visita conversou-se com uma agente penitenciária do Conjunto Penal Feminino de Salvador. Segundo a entrevistada, assim que as mulheres chegam e se registram na penitenciária, elas recebem um kit básico de higiene pessoal, incluindo pasta e escova de dente, absorventes, papel higiênico, sabonete. A reposição desses itens de higiene é feita mensalmente, ou em caso de necessidade das encarceradas, caso ainda haja itens disponíveis antes do próximo abastecimento.

A agente afirmou que existia sim a galeria específica, que incluía além de gestantes e mães com bebês, idosas, mas que essa galeria só é ativada mediante demanda. No momento da entrevista, não havia mulheres gestantes ou com bebês, apenas uma idosa.

As gestantes são levadas ao hospital acompanhadas de representante penitenciário e policial, não apenas para o parto, como também para a realização de exames ao longo da gravidez, que, segundo ela, acontecem com regularidade. Ademais, ela afirmou que, por uma questão de "segurança", as detentas não podem ter nenhum acompanhante familiar no momento do parto, o que contraria terminantemente o disposto no art. 8º, §6º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A agente penitenciária entrevistada informou que as privadas de liberdade, estando grávidas ou não, tem acesso regular à ginecologista, psi-

quiatra, psicólogo, assistente social e médico plantonista que, inclusive, pode atender a uma emergência que venha a ocorrer com um dos bebês presentes. Isso ocorre porque o acompanhamento periódico dos bebês é realizado fora do ambiente prisional, por este não contar com um profissional de pediatria. Por conta desse acesso regular e ágil a acompanhamento médico, dito por ela, principalmente pela urgência do retorno dessas mulheres ao ambiente da cela, algumas detentas, "moradoras de rua", disse a entrevistada, retornam à casa de detenção.

Questionamos a agente penitenciária quanto ao determinado pelo HC 143.641, que objetiva substituir a prisão provisória das mulheres mães de crianças menores de 12 anos de idade completas por prisão domiciliar. Ciente desse caso, a agente informou que a diretora do presídio buscou a aplicação dessa substituição para cerca de 40 mulheres que se enquadravam no perfil indicado, mas não soube nos informar em quantos casos obtiveram sucesso.

Em relação à guarda, a entrevistada trouxe à baila a demanda das mulheres que não têm famílias no município de Salvador e Região Metropolitana. Nesse caso, o Conjunto Penal Feminino tem convênio com uma creche gerida por freiras, que levam as crianças sob seus cuidados para visitar suas respectivas mães, que estão encarceradas.

CONCLUSÃO

Existe uma tendência social de supor que a efetiva garantia mínima de direitos deveria ser suficiente para evitar inconformações e conflitos. O cumprimento apenas de garantias mínimas ainda como insuficiente para a preservação da dignidade das mulheres gestantes e em situação pós-parto encarceradas no Conjunto Penal Feminino de Salvador. Não se quer dizer aqui que as garantias já atendidas devem ser desprezadas; ao contrário, acredita-se que elas devem ser valorizadas ao ponto de isso significar uma esperança para a falta de assistência da população marginalizada que se depara vítima do Estado por meio do encarceramento, que historicamente se desenvolve como uma forma de dominação e exercício de poder sobre os corpos, majoritariamente negros e dotados de menor poder aquisitivo. Isso significa dizer que, ao invés de "dar-se a sociedade por satisfeita" por não serem todos os direitos, quaisquer que sejam eles, suprimidos, deve

essa mesma sociedade buscar a aplicação do que está normativamente positivado em sua totalidade, afinal é obrigação do Estado zelar pela integridade daqueles que estão sob sua custódia, como é o caso dessas mulheres.

Além de concluir quanto ao cumprimento de alguns dos dispositivos normativos, mas não de outros, pudemos identificar, também e novamente, seletividade no sistema penitenciário, dentro das próprias mulheres encarceradas, que muitas vezes já foram submetidas a essa seletividade ao serem postas sob custódia. É o caso da seleção das mulheres que participam da aula da professora Denise, que passa pelo crivo da administração penitenciária sem que ela mesma possa opinar sobre. A única interferência que a professora faz com as inscritas em sua aula é quanto à condição da prisão, que ela pede que sejam mulheres já sentenciadas, para que o acúmulo de horas sirva como remissão de pena.

Desse modo, pode-se afirmar que o objetivo do grupo foi realizado com sucesso. Não apenas o objetivo anteriormente mencionado fora cumprido, como também as expectativas foram superadas. O encontro com as mulheres encarceradas e com a própria professora Denise Carrascosa nos permitiu acesso a uma realidade quase que totalmente desconhecida, pincelada apenas por um imaginário criado por filmes, notícias e livros. Permitiu-nos também uma aproximação com a realidade brasileira, além de nos chamar a atenção para a importância de se estudar Direito num país de cultura machista e racista como o Brasil, cuja história foi construída a partir de cruéis relações de poder. Reivindicar essa posição é também entender que há muito que se questionar dentro do Direito que se desenvolveu nesse país.

REFERÊNCIAS

A PRISÃO FEMININA: Gravidez e maternidade – um estudo da realidade em Porto Alegre – RS/Brasil e Lisboa/Portugal. Disponível em: <http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/6671/1/000459044-Texto%2BParcial%2Bv.1-0.pdf> Acesso em: 3 maio 2018.

AMARAL, Beatriz Helena Ramos. **A dignidade da mulher, o HC 143.641 e a aplicação da Lei 13.257/2016**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-19/mp-debate-dignidade-

-mulher-hc-143641-aplicacao-lei-132572016>. Acesso em: 12 jun. 2018.

BEDINELLI, Talita. **Drama da maternidade nas cadeias choca às vésperas do STF julgar tema.** Disponível em: < https://brasil.elpais.com/brasil/2018/02/16/politica/1518805121_136964.html>. Acesso em: 3 maio 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, 31 dez. 1940.

_____. Decreto-Lei nº3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, 13 out. 1941.

_____. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 19884. Lei de Execuções Penais. **Diário Oficial da União**, 13 jul. 1984.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. **Diário Oficial da União**, 16 jul. 1990.

_____. Supremo Tribunal Federal. ***Habeas corpus* nº143.641, (da _ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça) do Estado de São Paulo**, Brasília, DF, 20 de fevereiro de 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>. Acesso em: 3 maio 2018.

COPLE, Júlia. **STJ nega liberdade a mãe de quatro crianças condenada por furtar ovos de Páscoa.** Disponível em: <https://extra.globo.com/noticias/brasil/stj-nega-liberdade-mae-de-quatro-criancas-condenada-por-furtar-ovos-de-pascoa-21391425.html?utm_source=Twitter&utm_medium=Social&utm_campaign=compartilhar>. Acesso em: 28 maio 2018.

DOCUMENTÁRIO. **C(Elas)** – link disponibilizado pela diretora, s/d.

DOCUMENTÁRIO. **Nascer nas Prisões – gestar, nascer, cuidar**. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=v-mi6r-M-K0U&t=4s>. Acesso em 3 de maio de 2018.

ILHÉU, Thais. **Quando as leis não bastam: o encarceramento de grávidas no Brasil.** Disponível em: <https://diplomatique.org.br/quando-as-leis-nao-bastam-o-encarceramento-de-gravidas-no-brasil/>. Acesso em: 8 abr. 2018.

INFOPEN. **Levantamento de informações penitenciárias**. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf>. Acesso em: 3 maio 2018.

INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA: **Cartilha sobre o HC 143. 641**. Disponível em: <http://ittc.org.br/cartilha-habeas-corpus-coletivo-143-641/>. Acesso em: 3 maio 2018.

JUNQUEIRA, Diego. **Brasil tem 184 bebês encarcerados, alguns sem registro e sem vacina.** Disponível em: <https://noticias.r7.com/brasil/brasil-tem-184-bebes-encarcerados-alguns-sem-registro-e-sem-vacina-04062018>. Acesso em: 10 jun. 2018.

LIMA, Adson Bizerra. **A cor preta do rosa: o feminino e a negritude no conjunto penal de Salvador,** 2014. Trabalho de Conclusão de Curso – Escola de Serviço Social da Universidade Católica de Salvador.

PRAZER, JOUT JOUT. **Tá se sentindo mais seguro?** Participação de: Gabrielle Nascimento, Suzane Jardim e Raíssa Belintani. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=2C8ivefzZto>. Acesso em: 19 maio 2018.

PUPO, Amanda; CURY, Teo; PIRES, Breno. **STF concede domiciliar a grávidas e mães de crianças em preventiva.** Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/ministros-concedem-prisao-domiciliar-para-gravidas-e-maes-de-ate-12-anos-em-preventiva/>. Acesso em: 25 jun. 2018.

QUEIROZ, Nana. **Presos Que Menstruam: a brutal vida das mulheres – tratadas como homens – nas prisões brasileiras**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Editora Record, 2015.

RAMOS, Beatriz Drague. **Com 42 mil presas, Brasil tem a 4ª maior população carcerária feminina.** Disponível em: <https://www.

cartacapital.com.br/sociedade/com-42-mil-presas-brasil-tem-a--4-maior-populacao-carceraria-feminina>. Acesso em: 21 jun. 2018.

STF. 2ª **Turma concede HC coletivo a gestantes e mães de filhos com até doze anos presas preventivamente**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=370152. Acesso em: 3 maio 2018.

SUPERINTENDÊNCIA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO DO PARÁ. **Indulto e outros tipos de benefícios.** Disponível em: <http://www.susipe.pa.gov.br/content/indulto-e-outros-tipos-de--benef%C3%ADcios>. Acesso em: 25 jun. 2018.

VARELLA, Drauzio. **Prisioneiras.** 1ª edição. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2017.

UMA RELEITURA SOBRE OS CONTRATOS TEMPORÁRIOS QUE EXCEDEM O TEMPO MÁXIMO PERMITIDO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA E A PROTEÇÃO AOS DIREITOS DO TRABALHADOR

Júlio César Mendes Brasil[35]
Felipe Lima Pinheiro[36]

INTRODUÇÃO

A dinâmica da administração pública é naturalmente montada numa engrenagem complexa. Isso porque, além de definir um rigoroso processo de ingresso de servidores na administração pública, a Constituição também disciplina diversas outras obrigações no contexto da prestação de serviços públicos, próprios da função Executiva, além de criar limites orçamentários e vinculações ao orçamento. Essa dinâmica impõe aos gestores da máquina pública uma necessária capacidade diferenciada – não necessariamente melhor – daqueles que atuam diretamente no mercado privado, haja vista que o ato de se relacionar com todos os sistemas de

35 Mestrando pela Faculdade Autônoma de Direito - FADISP. Bacharel em Direito pela Faculdade Martha Falcão. Professor em Processo Civil na Faculdade Santa Teresa.

36 Bacharelando em Direito pela Faculdade Martha Falcão. Estagiário no escritório jurídico Higino, Sordi, Sousa, Toledano & Advogados Associados.

contratação de mão de obra e serviços, a fim de cumprir a função maior do executivo, isto é, garantir o exercício de direitos fundamentais através de políticas públicas bem executadas, não é das missões mais simples.

Assim, ao gestor público cabe a ordenação de um orçamento, a fim de efetivar as políticas públicas pretendidas pela Constituição. Todavia, tal objetivo só pode ser alcançado, dentre outras coisas, através da existência de um quadro de pessoal efetivo suficiente para execução da função própria do Poder Executivo, o que nos leva, naturalmente, aos próprios modelos de contratação, isto é, aos modos de ingresso na administração.

A Constituição Federal, por meio do seu art. 37, II, disciplina que a regra para ingresso é sempre feita através de concursos públicos, visando nomear servidores em cargos. O processo de admissão por meio de concurso público é feito por meio de provas e avaliação de títulos, normalmente recheado de fases eliminatórias e classificatórias, com o intuito de se obter, através disso, o melhor servidor possível, para a prática da melhor prestação possível (CARVALHO FILHO, 2017, p. 415).

A Constituição reconhece, entretanto, que a modalidade de concurso público não conseguirá, sozinha, contemplar todas as necessidades que o serviço público exige. Assim, permite, por meio do seu art. 37, IX, a possibilidade de contratação de servidores temporários, com base na existência de um binômio: excepcionalidade e interesse público. A finalidade, como o próprio nome e requisitos indicam, é a possibilidade de garantir ao gestor público encontrar soluções mais céleres que o concurso público, para atender demandas que lhe batam à porta sem que tenha existido previsibilidade destas, pelas mais diversas razões (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 292).

Mas a Constituição Federal, em conjunto com as leis específicas de cada unidade da federação, também possui algumas exigências, a fim de evitar que a exceção se torne a regra, sendo as exigências: (i) as contratações sempre deverão ser precedidas de um processo seletivo e (ii) o prazo máximo para contratação será de dois anos, com prorrogação máxima – desde que fundamentada – de dois anos (DI PIETRO, 2020, p. 1.240). Assim, por mais que se permita a flexibilidade no modelo de contratação, a Constituição lhe impõe um limite temporal, a fim de que durante o período do contrato se verifique se a necessidade que gerou a contrata-

ção excepcional permanecerá e, se permanecer, haja tempo suficiente para contratar servidores públicos pela regra do concurso.

Apesar das regras constitucionais, a realidade da administração pública acaba por gerar distorções, como é o caso do ocorrido no Estado do Amazonas no período de 2001 a 2016, quando o Estado conviveu com servidores públicos que estiveram na gestão durante 15 anos, de forma ininterrupta, na modalidade temporária, ainda que o edital de sua contratação inicial tivesse como marco temporal o prazo máximo de dois anos.

Os servidores, que tinham as mais diversas funções, desde agentes de portarias, passando por maqueiros, merendeiros e indo até os servidores da área fim de saúde, como enfermeiros e técnicos de enfermagem. Os contratos, que eram renovados sucessivamente, ano após ano, mesmo não estando nos termos dos mandamentos constitucionais, foram rescindidos somente após 15 anos. Assim, diversos servidores temporários foram demitidos, acabando por levantar uma série de questionamentos sobre as repercussões jurídicas oriunda dos desligamentos deles. O presente estudo buscará responder algumas dessas perguntas, como: (I) existem direitos indenizatórios ou remuneratórios que devem ser pagos aos servidores, a partir da rescisão do contrato?; (II) eventuais direitos rescisórios provenientes da rescisão contratual possuem natureza indenizatória ou remuneratória? e (III) é possível que se possa falar, em razão do lapso temporal entre o tempo de admissão e o tempo da rescisão contratual, em qualquer espécie de estabilidade funcional aos servidores?

A resolução das perguntas passará pela análise dos modelos administrativos a qual os servidores são vinculados, buscando não somente conceituar e diferenciá-los, mas, a partir disso, compreender quais são as repercussões dos problemas analisados. Ainda, se observará o teor das decisões dos tribunais superiores, observando como a temática foi analisada em casos análogos, a fim de se obter uma resposta que satisfaça as perguntas.

1. DOS MODELOS DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA: OS MODELOS PREVISTOS E SUAS DIFERENÇAS

De acordo com os regimes jurídicos funcionais, pode-se categorizar os servidores públicos como: estatutários, celetistas e temporários. Os servidores públicos estatutários são nomeados após aprovação prévia em

concurso público, onde possui relação jurídica de trabalho norteada por estatutos.

Acerca dos servidores estatutários, leciona Carvalho Filho (2017, p. 399):

> Servidores públicos estatutários são aqueles cuja relação jurídica de trabalho é disciplinada por diplomas legais específicos, denominados de estatutos. Nos estatutos estão inscritas todas as regras que incidem sobre a relação jurídica, razão por que nelas se enumeram os direitos e deveres dos servidores e do Estado.

No que diz respeito aos servidores celetistas – empregados públicos – são os agentes contratados sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho e ocupantes de empregos públicos (DI PIETRO, p. 1239, 2020).

Acerca dos servidores temporários, também leciona Carvalho Filho (2017, p. 399):

> A última categoria é a dos servidores públicos temporários, os quais, na verdade, se configuram como um agrupamento excepcional dentro da categoria geral dos servidores públicos. A previsão dessa categoria especial de servidores está contemplada no art. 37, IX, CF [...]. A própria leitura do texto constitucional demonstra o caráter de excepcionalidade de tais agentes.

Ao tratar desta excepcionalidade, com notável clareza foi redigido o texto constitucional ao estabelecer a regra de realização de concurso público para investir contratação de servidores públicos em seu artigo 37, IX, a saber:

> **Art. 37.** A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
>
> **IX –** a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.

O referido diploma, por sua vez, autoriza os órgãos da Administração Direta, as autarquias e as Fundações Públicas a efetuarem contratação de pessoal por tempo determinado, nas condições e prazos previstos nesta Lei.

> **Art. 1º** Para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, os órgãos da Administração Federal direta, as autarquias e as fundações públicas poderão efetuar contratação de pessoal por tempo determinado, nas condições e prazos previstos nesta Lei.

Desta sorte, por "necessidade temporária de excepcional interesse público" dever-se-ia entender – ao menos em tese – que a contratação de servidores temporários há de ser utilizada de forma bastante restrita, o que em muitos casos não ocorre. Em verdade, é prática corriqueira da Administração Pública não só a celebração de contratos temporários, mas também a perpetuação de tais contratos, os quais passam a ter o condão de afastar a característica da temporariedade da contratação, e, como consequência, trazer incerteza e insegurança jurídica àqueles que prestaram o serviço.

Importante acrescentar que, à luz do disposto na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional, a contratação de servidores temporários não deve estar relacionada a atividades essenciais do Estado, prescindindo de uma continuidade, de tal sorte que, após a realização da atividade de "necessidade temporária de excepcional interesse público", resolve-se o contrato.

Em uma primeira, e generalizada, análise, classifica-se a natureza jurídica do vínculo dos servidores temporários em relação à Administração como administrativo, haja vista se tratar de contratos de idêntica natureza e, portanto, norteados pelo regime especial previsto em normas de direito administrativo. Sobre o tema, bem explicam Braga e Nelson:

> O servidor temporário é um prestador de serviço, tendo sua relação com o poder público disciplinada por um contrato de prestação de serviço, sendo-lhe assegurados alguns direitos previstos na Lei nº 8.112/90, conforme art. 11 da Lei nº 8.745/93. (2016, p. 81)

Assim, resta evidenciado que os servidores temporários constituem um agrupamento excepcional. Carvalho Filho (2017, p. 400) acrescenta que, "admitido seu recrutamento na forma da lei, serão eles considerados como integrantes da categoria geral dos servidores públicos".

No presente parecer, é oportuno salientar a respeito da Lei nº 2607/2000 que versa acerca dos servidores temporários delimitando a forma e necessidade de contratação:

> Art. 1º - Para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, os órgãos da Administração Estadual direta, as autarquias e as fundações públicas poderão realizar contratação de pessoal por tempo determinado, sob regime de Direito Administrativo, nas condições e nos prazos estabelecidos nesta Lei.
>
> Art. 2º - Considera-se necessidade temporária de excepcional interesse público, para os fins desta Lei, aquela que não possa ser realizada com a utilização do Quadro de Pessoal existente, em especial para a execução dos seguintes serviços:
>
> I – Assistência a situações de calamidade pública;
>
> II – Combate a surtos endêmicos;
>
> III – Serviços de natureza técnica e científica;
>
> IV – Contratação de professor substituto e professor visitante;
>
> V – Contratação de professor e pesquisador visitante estrangeiro;
>
> VI – Contratação de professor para Centro de Excelência;
>
> VII – Pesquisa de natureza estatística de interesse das áreas de saúde, educação e social;
>
> VIII – Gestão e fiscalização de projetos;
>
> IX – Funções do Controle Externo;

À guisa de conclusão: os contratos temporários, têm natureza administrativa e, dada a excepcionalidade das situações que ensejam o seu entabulamento, também prescindem de concurso público, bastando que se realize um processo seletivo simplificado. No entanto, muito embora previsto tanto na Constituição Federal, como nas leis de cada um dos en-

tes federativos que a complementam, como de ocorrência excepcional, os Administradores Públicos têm, equivocadamente, adotado a forma de contrato de trabalho por tempo indeterminado, o que não altera o vínculo inicialmente firmado.

2. UMA ANÁLISE SOBRE A COMPREENSÃO DAS CORTES SUPERIORES SOBRE A CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES TEMPORÁRIOS E A RELAÇÃO COM O LEADING CASE EM ANÁLISE

A temática sobre servidores públicos e a possibilidade do prazo limite de sua permanência nos quadros da administração pública já foi, mais de uma vez, discutido em decisões do Supremo Tribunal Federal, como é o caso do RE 596.478/RR, oportunidade em que o STF, com relatoria do Ministro Dias Toffoli, compreendeu ser possível o recebimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, ainda que o contrato tenha sido, eventualmente, declarado nulo:

> 1. É constitucional o art. 19-A da Lei nº 8.036/90, o qual dispõe ser devido o depósito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço na conta de trabalhador cujo contrato com a Administração Pública seja declarado nulo por ausência de prévia aprovação em concurso público, desde que mantido o seu direito ao salário.
>
> 2. Mesmo quando reconhecida a nulidade da contratação do empregado público, nos termos do art. 37, § 2º, da Constituição Federal, subsiste o direito do trabalhador ao depósito do FGTS quando reconhecido ser devido o salário pelos serviços prestados
>
> 3. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento. (RE 596.478/RR, Red. p/ acórdão Min. DIAS TOFFOLI).

Naquela oportunidade fora arguida a seguinte questão: O Art. 19-A, da lei 8.036/90, do Estado de Roraima, garantia também o direito ao levantamento de certo valor do FGTS – além do respectivo saldo de salário – razão esta que fez a Procuradoria do respectivo Estado suscitar a inconstitucionalidade de tal mandamento legal, de modo que, ao analisar a temática, o STF entendeu pela Constitucionalidade do pagamento de

FGTS. Assim, é oportuno indicar que o referido julgado tem como limite objetivo a Constitucionalidade ou não do pagamento do FGTS, não podendo seu objeto ser alargado, não se podendo, portanto, fundamentar a impossibilidade da aplicação de demais direitos em razão destes não terem sido afirmados pelo julgamento, haja vista que estes não estavam presentes no contexto das causas de pedir do autor da ADI, bem como não estiveram presentes na *Ratio Decidendi* do Ministro.

Pode-se concluir que o STF, naquela oportunidade, firmou dois entendimentos: (I) Os contratos de servidores temporários firmados pela administração pública, sem a prévia aprovação em concurso público, com renovações sucessivas serão nulos, haja vista não estarem de acordo com o art. 37 da Constituição; (II) Todavia, não obstante a constatação desta nulidade, subsiste o direito ao pagamento do FGTS, em razão da existência de efeitos residuais, situados no plano da existência dos contratos firmados. Nesse sentido, interessante observar que, para fundamentar tal decisão, a Ministra Ellen Grecie, relatora do Recurso Extraordinário ora analisado, trouxe como fundamentação ementa da Remessa de Ofício em Ação Rescisória (RXOFAR) 91038/2003-900-11-00.8, onde era afirmado que:

> A propósito do FGTS, não obstante a nulidade do contrato, os princípios constitucionais em que se funda a própria República Federal do Brasil, de respeito à dignidade da pessoa humana e aos valores sociais do trabalho, impuseram ao TST, ao editar o Enunciado 363, a conclusão de se garantir ao trabalhador público direitos mínimos que o colocassem a salvo da condição similar ao escravo.

Logo, se vê que o julgado utiliza-se de uma ponderação entre os direitos fundamentais, tendo como vetor axiológico a Dignidade da Pessoa Humana e os Valores Sociais do Trabalho, onde a nulidade na contratação ou renovação dos contratos, de forma sucessiva, não pode retirar integralmente os efeitos decorrentes da prestação de serviço, como bem entendeu o Ministro Dias Toffoli, ao entender pela existência de "efeitos residuais", haja vista os contratos dos servidores temporários, por como bem denota-se em seu voto:

> Senhor Presidente, concluindo, eu só gostaria de dar ênfase que nós estamos aqui tratando de efeitos residuais de um fato jurídico que existiu. Nulo? Inválido? Sim, mas todo fato nulo pode manter efeitos residuais.
>
> Podemos citar vários. O Ministro Gilmar Mendes trouxe teoria a respeito. Casamento putativo. Na época em que havia no passado discriminação entre filhos, o casamento era declarado nulo e os filhos continuavam sendo considerados legítimos. Inclusive na Teoria do Direito Civil é reconhecido, para muitos casos nulos, os efeitos residuais, por quê? Porque aquilo se inseriu no plano da existência. [...]
>
> Reconhecer efeitos jurídicos residuais a ato nulo é algo que diz respeito aos efeitos residuais do ato nulo no plano da existência jurídica. E é possível fazê-lo. Pode o intérprete, o estado-juiz fazê-lo ao interpretar o caso concreto? Pode.

Assim, como bem entendeu o Ministro Gilmar Mendes, acerca da natureza fática do contrato, inobstante ao fato da existência de nulidade, a declaração de inexistência dos vínculos e de efeitos jurídicos decorrentes ocasionaria verdadeira inversão nos valores protetivos ao trabalhador, sendo este demasiadamente onerado pelo fato, conforme se vê em seu voto:

> Também entre nós não parece existir razão para que se atribua efeito retroativo à decretação de nulidade do contrato de trabalho. Na ausência de disposição expressa, como a do Direito Italiano, e à falta de um desenvolvimento doutrinário, no tocante às 'Relações Contratuais Fáticas', há de se admitir a legitimidade das pretensões decorrentes da relação de emprego, ainda que esta venha a ser declarada inválida. Do contrário, ter-se-ia a norma protetiva aplicada contra os interesses daquele a quem visa proteger. Esta constitui sem dúvida a única solução compatível com a natureza tutelar do Direito de Trabalho.

Assim, se é fato que o contrato é nulo, também é fato que a situação fática existiu, os serviços foram prestados, os trabalhadores cumpriram com suas funções, dedicaram seu tempo útil ao exercício do trabalho, as-

sumindo todos os ônus físicos e psicológicos decorrentes das suas funções. Assim, o STF reconhece a existência dos contratos e seus efeitos jurídicos residuais.

Ainda no contexto de julgamento de contratos temporários, o STF também analisou a impossibilidade de aplicação dos direitos previstos na Consolidação das Leis dos Trabalhos - CLT quando se tratar de servidor temporários, como bem se denota da análise do AgRegAI 677.753-5, AI 361.878-Agr, todavia, é salutar realizar uma pequena observação quanto ao conteúdo objetivo das decisões, isto porque a impossibilidade de aplicação das regras previstas na CLT não pode impedir a efetivação de direitos que tenham como base de fundamento o regramento dos servidores públicos, como é o caso do art. 39, § 3º, onde é expresso os direitos que competem a todos os servidores públicos:

> Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas. [...]
>
> § 3º Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir

O art. 39, § 3º, fez referência ao rol de direitos trabalhistas garantidos pela Constituição Federal, tendo em seu extenso rol de direitos às garantias à décimo terceiro, proporcional de férias, remunerações noturnas e outros adicionais e demais garantias que são próprias do próprio labor.

A partir da perspectiva que a Constituição Federal é a referência normativa de interpretação de quais são os direitos provenientes de qualquer relação trabalhista, independentemente se estamos falando de relações jurídicas-trabalhistas com origem pública ou privada, não se pode negar a aplicação destes direitos aos trabalhadores, mesmo àqueles que, porventura, estivessem na condição de contratos ilegais, em razão do decurso temporal ter extrapolado o limite legal.

3. DIREITOS INDENIZATÓRIOS OU REMUNERATÓRIOS: AFINAL, QUAIS SÃO OS DIREITOS DOS SERVIDORES TEMPORÁRIOS?

Quando da análise da problemática dos servidores temporários, é comum verificar a confusão existente entre a análise de possíveis direitos decorrentes de indenização com os direitos oriundos de remuneração. Acerca disso, é necessário demonstrar suas diferenças, haja vista que, muito embora possam, num olhar inicial, se demonstrarem enquanto sinônimos, ambos possuem origens e finalidades distintas, de modo que para realizar seu emprego, serão exigidos diferentes pressupostos.

Os direitos indenizatórios, se observados sob a perspectiva do Direito Civil, são normalmente fundados na prática de um ato que lhes é vedado a praticar, constituindo-se em ato ilícito sujeito a indenização, visando reparar os danos causados, sendo exigido a demonstração dos respectivos pressupostos da responsabilidade civil, como é o caso da existência de ato ilícito, culpa *lato sensu,* nexo causal e o efetivo dano, seja este de natureza moral, material, estético, espiritual etc.

Por sua vez, os direitos indenizatórios, quando observados sob à ótica do Direito do Trabalho, normalmente estão ligados à existência de rescisão indireta praticada por parte do empregador ou até mesmo quando da existência de danos morais e materiais oriundos da própria relação de trabalho, gerando assim o dever do empregador efetuar a indenização, seja à título de garantir ao empregado uma condição de se reestabelecer no mercado de trabalho - como é o caso do aviso prévio e da multa contratual -, ou visando o pagamento de valores que, ao menos, possam acalentar o trabalhador após o dano.

Então, como se vê, seja do ponto de vista do Direito Civil - que possui forte repercussão na análise dos danos oriundos das práticas do Poder Público - ou do ponto de vista do Direito do Trabalho, a existência de dano normalmente estará ligada à prática de ato ilícito conjuntamente com a existência de dano ou quando houver a quebra do contrato de trabalho por parte do empregador, ocasionando direitos com natureza estritamente indenizatória, como é o caso da multa contratual e o aviso prévio. Por sua vez, os direitos oriundos a título remuneratório possuem origem e pressupostos totalmente distintos do direito à indenização. Inicialmente, a

remuneração é precedida normalmente da prestação de determinada atividade, como é o caso do trabalhador que, ao prestar o serviço, recebe os valores correspondentes para tanto.

Utilizemos, como exemplo, o salário. Ao trabalhador, se exige que cumpra suas funções com destreza e eficiência, mantenha alto nível de produtividade, cumprindo seus horários, ao passo que cabe ao Estado, na sua figura análoga ao do empregador do mercado privado, o dever de realizar os pagamentos a título de remuneração em razão dos seus serviços prestados.

Entretanto, não se pode limitar a remuneração tão somente ao recebimento do salário. E é justamente nesse ponto que parece incidir a confusão: afinal, quais são os direitos decorrentes da relação dos servidores temporários, sobretudo da análise do caso concreto em epígrafe, isto é, os contratos de trabalho que, ainda que em *status de irregularidade,* existiam de fato, com os servidores prestando serviços ao Estado do Amazonas há mais de 15 anos?

Para responder tal questionamento, é preciso estabelecer algumas premissas. A primeira delas é verificar que o vínculo jurídico administrativo realizado entre o Estado e os servidores temporários, por mais que esteja em status de irregularidade, não "deixa de existir" ou vira um "não-contrato", mas se mantém, ainda que à título de irregularidade. Isso se deve à própria necessidade de identificação do vínculo dentre as possibilidades presentes na Constituição Federal.

Não se pode afirmar que os servidores temporários passaram a gozar de caráter estatutário, haja vista a inexistência de concurso público. Tão pouco pode se afirmar que estes gozavam de caráter celetista, ante a não existência de processo seletivo destinado a esse fim. Também não se fala em cargos em comissão, em razão do fato da não verificação de ato administrativo vinculado a essa finalidade. Restando, no caso, o vínculo ao qual estes integraram à administração pública, isto é, enquanto servidores temporários. Assim, ainda que os contratos tenham sido renovados de forma sucessiva, em contradição à legislação, acarretando à própria nulidade destes, é preciso estabelecer a segunda premissa: o serviço era prestado, gerando o que o Supremo Tribunal Federal entende enquanto "efeitos residuais do contrato nulo". Assim, se o serviço era prestado, os servidores faziam jus ao recebimento dos valores decorrentes da relação de trabalho

- enquanto vinculados ao regime de contrato temporário -, fazendo jus ao recebimento dos direitos previstos na Constituição e na legislação.

Nesse passo, tem-se a terceira premissa: o Estado, ao exigir e receber a prestação de serviço dos seus servidores temporários, está vinculado ao que a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional lhe permitem e lhe obriga a praticar. Tal fato deriva diretamente do poder-dever imposto pelo princípio da legalidade. Assim, não se afirma que o Estado "se livra" de seus deveres em razão da nulidade do contrato, haja vista que tal fato acarretaria em onerar demasiadamente a parte mais vulnerável dessa relação, premiando o Estado pela sua prática irregular.

Logo, não se pode afirmar que o Estado está desobrigado a efetuar a remuneração dos servidores, sob a escusa de ilegalidade e/ou irregularidade dos contratos temporários de servidores, haja vista que o pleito se desdobra diretamente nos direitos que estes faziam jus em razão da prestação de um serviço. Logo, não se cabe falar em caráter indenizatório, mas sim, em caráter remuneratório.

Estabelecidas as premissas, resta necessário verificar, então, quais são os direitos aos quais fazem jus os servidores temporários – dentro da temática ora abordada. Para que se possa realizar tal afirmativa, deve-se recorrer, inicialmente, os mandamentos Constitucionais, observando o Art. 39°, § 3º, onde são afirmados os direitos fazem jus os servidores ocupantes de cargos públicos:

> Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas. [...]
>
> § 3º Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.

Verifica-se, de plano, que a Constituição não faz distinção quanto à natureza do vínculo administrativo, portanto, não se pode realizar interpretação extensiva visando a restrição de tais direitos aos servidores temporários. Assim, a Constituição garante os seguintes direitos aos servidores:

> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...]
>
> IV – salário-mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;
>
> VIII - décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria;
>
> VII - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável;
>
> IX – remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;
>
> XII - salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei;
>
> XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;
>
> XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;
>
> XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal;
>
> XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;
>
> XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;
>
> XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei; [...]

Destacam-se no texto constitucional os seguintes direitos: (i) Ao salário-mínimo; (ii) Ao pagamento de 13° terceiro; (iii) A concessão de férias remuneradas, com pelo menos um terço do salário-mínimo. Como maiores informações não decorrem da lei, e sim, da Carta Maior e dos entendimentos jurisprudenciais e doutrinários, é cediço que os direitos

remuneratórios são considerados verdadeiros direitos adquiridos ao trabalhador, que, uma vez cumpridos os seus requisitos, tem direito, de ponto, ao recebimento destes.

Ora, aos servidores temporários é necessário que se dê a rezada proteção presente da Constituição Estatal, vez que também é considerado como trabalhador e não comporta discriminação em relação às disposições gerais correlatas ao servidor estadual. Logo, sabe-se que, os direitos perseguidos pelos servidores em voga, no que toca ao (i) Ao salário mínimo; assegurado constitucionalmente, (ii) Ao pagamento de 13° terceiro e proporcionais, acaso da demissão; idem (iii) A concessão de férias remuneradas, com pelo menos um terço do salário mínimo; idem, não comportam juízo de valor ao administrador, de forma que não cabe a ele decidir se deve, ou não, pagá-los, vez que se tratam de direitos remuneratórios, e, portanto, pagos em razão do serviço prestado.

Uma vez tendo prestado o serviço, é direito receber por ele, independente se o contrato com a administração pública estava adequadamente ajustado.

CONCLUSÃO

Um olhar apressado e, até mesmo, preconceituoso, pode observar a narrativa de servidores temporários em contratos que excederam o prazo máximo de duração e enxergar ali um contexto de aproveitamento ilícito dos servidores, onde estes trabalhadores estariam, em razão da ilegalidade decorrente do lapso temporal, desfrutando de forma ilícita dos recursos públicos. Essa visão, apressada e preconceituosa, terminaria por colocar os servidores temporários numa condição análoga à de gestores ímprobos, usurpadores do dinheiro público. Essa visão poderia também consolidar a ideia de que a esses servidores poderia se exigir até mesmo a devolução dos recursos supostamente inadequadamente obtidos.

Têm-se que rejeitar essa visão. Feitas as considerações iniciais sobre o prisma que se deve observar a questão analisada, vamos a algumas considerações conclusivas sobre o tema. Inicialmente, precisa-se observar que não se pode permitir que situações tão excepcionais como a ora analisada virem a regra do serviço público. É necessário que a regra constitucional do concurso público seja respeitada.

Nesse mesmo sentido, também não se pode falar em uma possível estabilidade funcional em razão do curso temporal. Os contratos, com o decurso temporal, tornam-se nulos, por estarem em contrassenso com os ditames constitucionais, e mesmo se neles ainda houvesse a possibilidade de discutir a legalidade, jamais se poderia transmutar sua natureza precária. Os contratos temporários são fundamentados em situações excepcionais e com data final para se encerrarem, não gerando, em hipótese alguma, critérios que garantam efetividade ou estabilidade funcional no serviço público.

Isso posto, passemos à análise nuclear, referente aos possíveis direitos derivados das rescisões contratuais. Preliminarmente, quanto à discussão acerca da natureza jurídica dos possíveis recursos decorrentes da rescisão. De plano, têm-se a impossibilidade de se falar em recursos indenizatórios, haja vista faltar justo motivo que fundamente o pagamento de indenização do Estado para os servidores. Não há ilegalidade em rescindir contratos que se encontram em caráter de ilicitude. A bem da verdade, a rescisão contratual de contrato cujo extrapolou seu prazo máximo, é um ato sequencial e natural. Não se pode falar em indenização.

No que se refere aos direitos remuneratórios residuais, deve-se ter uma análise diferente. Isso se deve não ao fato da rescisão do contrato em si, mas ao próprio trabalho desempenhado pelo servidor temporário. A lógica da remuneração sempre presume uma contraprestação sendo realizada. E as verbas remuneratórias podem assumir várias formas, desde que devidamente previstas em lei. Assim, ao servidor temporário sempre lhe serão garantidos os direitos que estejam previstos em lei. É o caso, por exemplo, do direito ao salário dentro do piso da categoria, de férias de 30 dias a cada ano, pagamento de 13° salário. Enfim, toda a miríade de direitos. O servidor sempre fará jus ao recebimento desses direitos quando atender aos requisitos exigidos em lei enquanto contraprestação, notadamente no desempenho de sua função à qual foi contratado.

Tendo isso em mente, quando da rescisão do contrato, serão sempre devidos os valores a título remuneratório, como é o caso do pagamento das horas e dias trabalhados. Mas não só, o servidor temporário, o pagamento de 13° terceiro e proporcionais, acaso da demissão, a concessão de férias remuneradas, com pelo menos um terço do salário-mínimo; idem, não comportam juízo de valor ao administrador, de forma que não cabe a

ele decidir se deve, ou não, pagá-los, vez que se trata de direitos remuneratórios, e, portanto, pagos em razão do serviço prestado. Uma vez tendo prestado o serviço, é direito receber por ele.

Nesse sentido, a análise de quais direitos serão pagos deverá sempre ser realizada pela ótica da remuneração, não da indenização, onde serão pagos os direitos, ainda que a nível de proporcionalidade, que o trabalhador faça jus, independentemente se o contrato no qual foi realizada a contratação ultrapassou o tempo previsto em contrato.

REFERÊNCIAS

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

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

BRAGA, Cristina Alves da Silva. NELSON, Rocco Antônio Rangel Rosso. **Servidor público: contratos temporários ilegais e os direitos trabalhistas**. Disponível em: <http://www.tjpa.jus.br/CMSPortal/VisualizarArquivo?idArquivo=340919>. Acesso em: 18 abr. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: atualizada até a Emenda Constitucional nº 91. Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 23 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.036/1990.** Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. Brasília, 11 de maio de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8036consol.htm>. Acesso em: 31 abr. 2021.

AMAZONAS. **Lei nº 2.607/2000**. Dispõe sobre a contratação de pessoal por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, sob regime de Direito Adminis-

trativo, nos termos do artigo 37, IX, da Constituição Federal e do artigo 108, § 1º, da Constituição do Estado. Amazonas, 2000. Disponível em: <https://sapl.al.am.leg.br/media/sapl/public/normajuridica/2000/7062/7062_texto_integral.pdf>. Acesso em: 31 abr. 2021.

STF. **Recurso Extraordinário: 596478 / RR**. Relatora: Min. Ellen Gracie. Data de Julgamento: 13/06/2012. Data da Publicação: 01/03/2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629995>. Acesso em: 31 abr. 2021.

_____. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 677.753-5 / RS**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Data do Julgamento: 25/08/2009. Data da Publicação: 18/09/2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=602805>. Acesso em: 31 abr. 2021.

_____. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 361.878 / BA**. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Data do Julgamento: 23/03/2004. Data da Publicação: 23/04/2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=305168> Acesso em: 31 abr. 2021.

TST. **Remessa de Ofício em Ação Rescisória 91038/2003-900-11-00.8**. Relator: Min. Antonio José de Barros Levenhagen. Data do Julgamento: 30/09/2003. Data da Publicação: 10/10/2003. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/35f350c5378bce2ab60da8b8d1a04da>. Acesso em: 31 abr. 2021.

AÇÃO POPULAR, INSTRUMENTO DE DEFESA DO MEIO AMBIENTE: APONTAMENTOS A PARTIR DO ARTIGO 225 DA CARTA DE 1988

Cinthia da Silva Barros[37]

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade, analisar criticamente a Ação Popular como instrumento de defesa do meio ambiente com base no artigo 225 da Constituição de 1998. Neste campo, será apresentada a questão histórica da Ação Popular, a Ação Popular em matéria ambiental e suas especificidades, na qual se inclui a legitimidade ativa, passiva, a competência, será abordada a atuação do Ministério Público e por fim, as custas.

Inicialmente cumpre salientar, que a Ação Popular ambiental é um relevante instrumento de proteção ao meio ambiente, regulamentado pela Constituição Federal de 1988. Ressalta-se por oportuno, que de acordo o artigo 225 da Carta de 1988, o meio ambiente é um direito fundamental de todos, sendo um bem de uso comum do povo, essencial a toda coleti-

37 Advogada OAB-BA. Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito do Centro Universitário FG (UNIFG). Bolsista CAPES. Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Guanambi FG (UNIFG). Pesquisadora do ANDIRA, DAC, ALFAJUS, METAMORFOSE JURÍDICA E CIDEP. Especialista em Direito Público (FAVENI). Pós-Graduanda em Direito Previdenciário, Empresarial, Advocacia Extrajudicial e Processo Civil.

vidade, devendo ser preservado para as gerações atuais e futuras (BRASIL, 1988).

No que concerne a Ação Popular em matéria ambiental que é objeto do presente trabalho, têm-se que, para a proteção do meio ambiente é imprescindível que haja direito à participação popular (PAES; POLESSO, 2016). Diante disso, a Ação Popular em matéria ambiental é uma forma direta na defesa do meio ambiente, através de um processo jurisdicional, conforme aponta o artigo 5º, LXXIII da Constituição Federal de 1988, em que é atribuído a qualquer cidadão, a possibilidade de ser parte legítima para propor Ação Popular que venha a anular ato lesivo, a diversos bens e valores, ao meio ambiente e o patrimônio histórico-cultural (PAES; POLESSO, 2016).

Assim, depreende-se que a Ação Popular apresenta o exercício efetivo da democracia, uma vez que, este é um instrumento posto a disposição do cidadão, para o exercício de sua cidadania, em busca de proteção para o patrimônio público, qualquer interesse coletivo, enfim para toda a sociedade (MOREIRA, 2017).

A investigação da presente pesquisa recai sobre os seguintes pontos, quais sejam: **a)** analisar-se-á questão histórica da Ação Popular, mais adiante tratar-se-á **b)** da Ação Popular em matéria ambiental, tal como, as suas especificidades, na qual se inclui a legitimidade ativa, passiva, a competência, a prescrição, a atuação do Ministério Público e às custas. A metodologia aplicada à pesquisa é a bibliográfica, visando contribuir para uma reflexão acadêmica, jurídica, social e política da temática abordada.

1. CONTEXTO HISTÓRICO DA AÇÃO POPULAR

No que diz respeito ao surgimento da Ação Popular, insta salientar que esta é de origem romana, uma vez que, as Ações Populares foram concebidas num período histórico onde não havia se firmado a noção de Estado (MARINHO, 2020). Ressalta-se por oportuno, que apenas admitia-se a busca pela tutela jurídica dos seus direitos próprios, considerando que havia apenas a busca de proteção por um interesse pessoal, sendo que, por vezes o cidadão vinha a proteger apenas os interesses da comunidade, fez com que houvesse um ganho, de aceitação e aplicabilidade (MARINHO, 2020).

De acordo com Fernandes (2011, p. 327), a Ação Popular tem uma origem remota no Direito Romano e uma origem próxima nas Leis Comunais, na Bélgica, em 1937 e na França, em 1837. Assim sendo, no Brasil, a Ação Popular nasceu no período imperial e início da República, tinha por objetivo a defesa de bens de uso comuns de todos os cidadãos, com previsão legal nas seguintes Cartas Constitucionais: 1824, 1934, 1946, 1967, 1969 e 1988 (MARINHO, 2020). Nesse âmbito, é importante frisar:

> No Brasil, a Constituição Imperial, promulgada em 25/03/1824, previa que qualquer cidadão poderia propor ação contra juízes de direito e oficiais de justiça por suborno, peita, peculato e concussão – arts. 156 e 157, inseridos no título 6º, que tratava do Poder Judicial, no seu capítulo único – 'Dos Juízes e Tribunaes de Justiça' (LOPES, 2013, P. 32).

Cumpre salientar, que a primeira Constituição Brasileira a dispor sobre a Ação Popular foi a Carta de 1934, todavia durante o período do Estado Novo em 1937, a Ação Popular fora suprimida. A Ação Popular foi restabelecida novamente no ordenamento jurídico, por disposição constitucional a partir da Constituição Federal de 1946, e assim mantida a partir de então, mesmo passando por períodos ditatoriais até chegar aos dias atuais (MARINHO, 2020).

Com a promulgação da nova Constituição Federal de 1946, trouxe de volta à Constituição a previsão da Ação Popular em seu art. 141, § 38, dando possibilidade de qualquer cidadão pleitear em juízo, a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, Estados, municípios, entidades autárquicas e das sociedades de economia mista (LOPES, 2013). Em 1965 fora promulgada a (Lei nº 4.717), que regula a Ação Popular, dispondo no artigo 1º que:

> [...] qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços

> sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de 50% (cinquenta por cento) do patrimônio ou da receita ânua de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos (BRASIL, 1965, n.p).

A Carta Constitucional de 1967 manteve a Ação Popular, que já se encontrava prevista na Constituição de 1946. Diante disso, a Constituição de 1988 estabelece em seu artigo 5°, inciso LXXIII, que qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que tem por finalidade anular ato lesivo ao patrimônio público ou entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e cultural, ficando assim, o autor, salvo comprovada a má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência (BRASIL, 1988).

2. APONTAMENTOS ACERCA DA AÇÃO POPULAR EM MATÉRIA AMBIENTAL

Inicialmente é relevante apresentar, conforme dispõem Arruda, Colombo e Calgaro (2019, p. 342) que: "O direito constitucional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado se apresenta como um direito fundamental de terceira dimensão, portanto, de caráter difuso e indisponível com fundamento na fraternidade [...]". Ademais, Machado (2014, p. 116) alude que há um direito fundamental ao processo judicial ambiental, asseverando que "Se não houvesse direito ao processo judicial ambiental, o art. 225 da CF/88 ficaria morto, ou restaria uma ideia digna, mas sem concretude".

Ação Popular é disciplinada pela (Lei nº 4.717), dessa forma, nasceu a ideia de fazer com que todo cidadão, tornasse um fiscal da lei, vindo assim, a legitimar o mesmo a propor uma ação que anule ou declare nulos todos os atos lesivos ao Patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (BRASIL, 1988). Assim, é imperioso compreender que:

> No Direito brasileiro vigente, a participação direta na defesa do meio ambiente, por intermédio do processo jurisdicional, é viabilizada, sobretudo, pela ação popular, instituto processual apto a permitir iniciativas individuais na matéria. Nos termos do artigo 5º, LXXII, da CF, qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo a diversos bens e valores, entre os quais o meio ambiente e o patrimônio cultural. Em nível infraconstitucional, a ação popular encontra-se disciplinada pela Lei 4.717/1965, recepcionada no ponto pela nova ordem constitucional, com semelhante disposição a respeito da legitimidade ativa para a causa (artigo 1º, *caput*). Tradicionalmente, entende-se por *cidadão*, como sujeito legitimado à propositura de demandas populares, o indivíduo nacional que esteja no exercício dos direitos políticos. Não por outra razão, a LACP, no parágrafo 3º do artigo 1º, exige que a petição inicial da ação popular venha acompanhada de título de eleitor ou documento equivalente, como prova da cidadania do demandante. Dessa forma, titulares do poder de agir em juízo na defesa do meio ambiente, pela via da ação popular, nessa concepção clássica, não são todos os indivíduos cotitulares do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, mas tão só os indivíduos de nacionalidade brasileira dotados de capacidade eleitoral ativa e passiva (MIRRA, n.p, 2020).

Nesse campo, Paes e Polesso (2016, p. 196) apontam que a Ação Popular ambiental brasileira tem natureza corretiva da atividade da Administração Pública, sem olvidar o caráter preventivo defendido por ilustres juristas, a fim de mantê-la ou reconduzi-la à legalidade e à moralidade administrativa. Neste campo,

> [...] a ação popular constitucional permite que qualquer cidadão tome a iniciativa de proteger jurisdicionalmente certos interesses difusos. Isso torna a ação popular um remédio extremamente democrático, que permite uma participação direta do cidadão na proteção do patrimônio ambiental. Entretanto, o que torna este remédio tímido e acanhado do ponto de vista jurídico, é o fato de que ele se limita a anular atos lesivos emanados do Poder Público. Há, portanto, forte restrição em relação ao pedido (apenas de anu-

> lação) e ao polo passivo da demanda (apenas o Poder Público) [...] (RODRIGUES, 2016, p.113).

Neste âmbito, Negrão e Magalhães (2014, p. 48) definem a Ação Popular como meio de tutela dos direitos coletivos, que possibilita ao cidadão um meio de controle e proteção ao meio ambiente, sendo um direito transindividual por excelência, dado que ele é deferido a cada um na mesma medida e proporção para todos os demais residentes no Brasil.

3. ESPECIFICIDADES DA AÇÃO POPULAR

Neste tópico serão apresentadas algumas especificidades da ação popular, quais sejam: **a) a Legitimidade Ativa da Ação Popular; b) a Legitimidade Passiva da Ação Popular; c) a Competência para propositura da ação popular; c) papel do Ministério Público na Ação Popular.**

a)Legitimidade Ativa da Ação Popular

Acerca da Legitimidade ativa, insta salientar, que somente o cidadão poderá ingressar com a Ação Popular, conforme aponta o artigo 1º da (Lei nº 4.717) para que haja a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita ânua, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos (BRASIL, 1965).

Alguns questionamentos chegaram até ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), acerca da legitimidade ativa do cidadão proponente, dessa forma, a Corte constitucional tem adotado o entendimento de que basta a apresentação **de um título de eleitor válido para justificar a sua legitimidade ativa** (CONJUR, 2017).

Ademais, no REsp 1.242.800, os ministros da 2ª Turma resumiram a polêmica que paira em torno da legitimidade ativa, dispondo que: "Aquele que não é eleitor em certa circunscrição eleitoral não necessariamente deixa de ser eleitor, podendo apenas exercer sua cidadania em outra circunscrição. Se for eleitor, é cidadão para fins de ajuizamento de ação popular" (CONJUR, 2017).

b)Legitimidade Passiva da Ação Popular

De acordo com o Art. 6º da (Lei nº 4.717), a Ação popular será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissão, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo (BRASIL, 1965).

Para o prosseguimento da Ação Popular não é necessária a formação de um litisconsórcio no pólo passivo, considerando que não é preciso comprovar quem seriam os réus diretos na demanda, uma vez que, em algumas situações de ato lesivo praticado é impossível identificar as pessoas físicas diretas para figurarem como corrés na ação, junto com o Estado (CONJUR, 2017). Assim, o STJ já firmou entendimento no sentido de que não há que falar em formação de litisconsórcio passivo necessário, entre eventuais réus e as pessoas beneficiadas pelas supostas fraudes nas Ações Civis Públicas por ato de improbidade administrativa, argumentaram os ministros ao julgar o REsp 1.321.495 (CONJUR, 2017).

c)Competência para propositura da Ação Popular

No que concerne à competência para propor a Ação Popular ambiental, esta é definida diante da natureza da pessoa jurídica de direito público, tal como, paraestatal integrante de um dos pólos da demanda (GAJARDONI, 2012). Neste campo, têm-se a União, Autarquia, Fundação ou Empresa Pública Federal parte na ação (GAJARDONI, 2012). Acerca da competência da Ação Popular, têm-se que:

> A competência é determinada pela Lei de Ação Civil Pública, Lei 7.347/85 aplicando-se o artigo 2° desta lei, e não o artigo 5° da Lei de Ação Popular. A competência em matéria ambiental, assim

> fixada, será absoluta e inderrogável, vez que é fixada por razões de ordem pública, e o juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa (SOLEDADE; SOUZA, 2016, p. 269).

A competência é da Justiça Federal, quando a causa for relacionada a direito indígena ou dano ambiental internacional (GAJARDONI, 2012). Se o ato for praticado por agente de Pessoa Jurídica de Direito Público, Autarquia ou Empresa Pública Municipal ou Estadual será competência será da Justiça Estadual (GAJARDONI, 2012). Assim, a ação deve ser ajuizada no juízo do local onde ocorreu ou possa ocorrer à lesão (GAJARDONI, 2012).

d)O papel do Ministério Público na Ação Popular

No que diz respeito à legitimidade do Ministério Público na Ação Popular, é importante salientar que este órgão é autônomo, que tem o dever de velar pela regularidade do processo, proteger o interesse público. Dessa forma, considerando que o meio ambiente é um direito e dever de todos, em que o Ministério Público tem o dever de zelar por esse bem público (MARINHO, 2020).

É imperioso destacar que o Ministério Público não tem legitimidade para Propor Ação Popular, mas como parte pública autônoma, ele pode agir como fiscal de lei, uma vez que, o meio ambiente é de interesse de toda a coletividade. Importante frisar que, em caso de desistência do autor que ingressou com a Ação Popular, serão publicados editais para que qualquer cidadão, ou até mesmo o Ministério Público, vem a promover o prosseguimento da ação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em vista dos argumentos apresentados, depreende-se a importância da Ação Popular como instrumento de proteção do meio ambiente, sendo assim, uma Ação Constitucional que permitem uma maior celeridade, amplia o acesso dos cidadãos neste controle dos atos do poder público. Assim, compreende-se que a existência da "Ação Popular Ambiental" permite ao cidadão questionar a veracidade dos atos que venham a lesionar o patrimônio público, à moralidade administrativa, o patrimônio

cultural e histórico do nosso país, bem como, não menos importante, o meio ambiente.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, Bárbara; COLOMBO, Gerusa; CALGARO, Cleide. Ação popular e ação civil pública em matéria ambiental: o uso dos instrumentos judiciais a serviço da população na justiça federal de caxias do sul. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, n. 4, 2019, p. 331-366.

BRASIL. **Lei nº 4.717**, de 29 de junho de 1965. Regula a Ação Popular. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm. Acesso em: 10 dez. 2020.

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

CONJUR. Conheça os requisitos essenciais para proposição de ação popular. **Revista Consultor Jurídico**. 27 fev. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-fev-27/conheca-requisitos-essenciais-proposicao-acao-popular>. Acesso em: 10 dez. 2020.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Direitos difusos e coletivos I:** teoria geral do processo coletivo. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES, André Luiz. **Ação Popular como instrumento do cidadão para prevenção e reparação do dano ambiental.** 2013. 118 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Escola Superior Dom Helder Câmara, 2013.

MARINHO, Bruno Costa. **A ação popular como instrumento de defesa judicial do meio ambiente.** Disponível em: http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=21ec2f4f49211916. Acesso em: 10 dez. 2020.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **O cidadão, a ação popular e a proteção do meio ambiente**. 2017. Disponível em: https://www.conjur.

com.br/2018-fev-03/ambiente-juridico-cidadao-acao-popular-protecao-meio-ambiente. Acesso em: 10 dez. 2020.

MOREIRA, Simone Regina Gomes. **Ação popular nas questões ambientais, no ordenamento jurídico brasileiro.** 2017. 45f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) Faculdade de Ensino Superior e Formação Integral, 2017.

NEGRÃO, Caio Alexandre; MAGALHÃES, Renata Gérsica Ferreira. A "ação popular" como instrumento de proteção do meio ambiente. **Revista de Direito**, v. 6, n. 01, 2014, p. 45-66.

PAES, Luciano Marcos; POLESSO, Paulo Roberto. A ação popular ambiental como forma de participação social na defesa do meio ambiente. **Revista Brasileira de Políticas Públicas.** v. 6, n. 1, 2016, p. 193-202.

RODRIGUES, Marcelo Abelha; coordenação Pedro Lenza. **Direito ambiental esquematizado.** 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SOLEDADE, André Oliveira da; SOUZA, Altiza Pereira De. Educação ambiental implícita e participação popular para um Brasil mais justo ambientalmente. In: CUNHA, Belinda Pereira da; CARVALHO DANTAS, Fernando Antonio; VASQUES MOTA, De Maria Nazareth. **Direito ambiental e socioambientalismo**. Florianópolis: CONPEDI, 2016.

ASPECTOS INTRODUTÓRIOS SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS, TRIBUTAÇÃO E POSSÍVEIS CAMINHOS PARA O COMBATE À PANDEMIA (COVID-19)

Jeferson Teodorovicz[38]
Antônio de Moura Borges[39]

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca analisar – de forma introdutória – o papel da tributação relacionado a situações de crises estruturais, em especial, no campo de investigação trazido pela pandemia causada pelo coronavírus (Covid-19). Em análise às informações oficiais da Organização Mundial da Saúde, o coronavírus (Covid-19), originalmente identificado na Província de Wuhan, na China, rapidamente se alastrou através dos conti-

38 Doutorado em Direito Econômico e Financeiro pela USP. Mestrado em Direito Econômico e Socioambiental pela PUCPR. Especialização em Gestão Contábil e Tributária pela UFPR. Bacharel em Direito pela PUCPR. Estágio de Pós-Doutorado em Direito em andamento pela UNB. Conselheiro Titular da Primeira Seção de Julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

39 Professor Adjunto da Universidade de Brasília – UnB. Pós-doutorado em Direito por Georgetown University Law Center. Pós-Doutorado em Direito pela Universidad Complutense de Madrid. Doutorado em Direito pela Universidade de São Paulo. Mestrado em Direito pela Southern Methodist University School of Law. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Procurador da Fazenda Nacional.

nentes europeu e asiático, chegando em poucos meses a ser reconhecido como pandemia em escala mundial, com milhões de infectados.

Globalmente, até às 5 horas e 39 minutos do dia 31 de março de 2021, foram registrados 128.540.982 casos confirmados de Covid-19, incluindo 2.808.308 mortes, por sua vez relatadas pela Organização Mundial da Saúde. Ao mesmo tempo, até 31/03/2021, um total de 547.727.346 doses de vacinas foi administrado até o momento[40]. Já o Ministério da Saúde no Brasil, no mesmo passo, divulgou dados nacionais de infecção, com 12.748.747 casos acumulados de infecções, com 321.515 óbitos acumulados, até o presente momento[41]. Nota-se que, o Brasil, sem ignorar as proporções continentais do país, responde por considerável percentual em relação ao número de contaminações mundiais.

Diante do reconhecimento global da pandemia causada pela contaminação desenfreada do coronavírus, os países afetados iniciaram esforços para combater a contaminação, assim como o desenvolvimento de Políticas Públicas, em múltiplos setores, para conter ou restringir os malefícios causados pela pandemia, especialmente para setores mais sensíveis da sociedade.

No aspecto tributário e financeiro, observa-se que diferentes medidas de Políticas Públicas de natureza tributária e financeira têm sido aplicadas na realidade estrangeira, com o objetivo de reduzir ou eliminar os efeitos nocivos causados pela pandemia no âmbito social, econômico, ambiental, cultural ou político (TEODOROVICZ, 2020, p. 299-341).

Recentemente, a Organização para Cooperação Econômica e Desenvolvimento (OECD) publicou Relatório intitulado "*Tax and Fiscal Policy in Response to the Coronavirus Crisis: Strengthening Confidence and Resilience*" (2020, p. 1 e ss), buscando relatar as diferentes medidas de Política Públicas Financeiras e Tributárias adotadas por países membros da OECD para combater os efeitos da crise socioeconômica geradas pela pandemia do Covid-19. De forma geral, pode-se verificar, através do Relatório, que os países membros da OECD tem mantido políticas financeiras e tributárias

40 Página oficial da Organização Mundial da Saúde: https://covid19.who.int/. (Último acesso em 01.04.2021).

41 Disponível no sítio virtual do Ministério da Saúde: http://susanalitico.saude.gov.br/#/dashboard/ (Acesso em 1 abr. 2021).

ligadas a diferentes frentes e de diferentes espécies para a contenção dos efeitos nocivos causados pela pandemia.

Ainda, o Relatório indica a necessidade de coordenação entre a Política Tributária e outros níveis de Políticas Públicas (OECD, 2020, p. 20 e ss), reconhecendo a importância da agilidade na implementação de medidas de Política Financeira, Monetária e Tributária para combater a crise, apontando também que a maioria das medidas tributárias é temporária, isto é, somente dedicadas a combater a situação específica da crise e com perspectiva de serem extintas com a supressão dos efeitos da crise.

A maioria dos países também adotou uma abordagem ampla de políticas públicas, combinando ferramentas financeiras e tributárias, introduzindo medidas para incentivar empresas a manter contratos de trabalho, assim como conservando medidas para complementação de famílias de baixa renda que foram mais severamente afetadas pela crise (TEODOROVICZ, 2020, p. 299-341). Percebe-se que, portanto, a política pública de natureza tributária diante de situações de crises estruturais causadas, por exemplo, por pandemias, tende a alcançar considerável protagonismo, especialmente buscando equacionar e diminuir o máximo possível os malefícios causados pela crise, assim como pode servir de instrumento para combater diretamente a expansão da pandemia.

A Política Tributária apresenta grandes oportunidades para reflexões ao Direito Tributário, especialmente em uma perspectiva prospectiva ou normativa do tributo, isto é, buscando evidenciar em que medida é possível aperfeiçoar o sistema tributário existente. É a função do tributarista de propor melhorias ao Direito Tributário (LAPATZA, 2007, p. 130-132; MARINS, 205, p. 49-52; BALEEIRO, 2000, p. 28-29; LAURÉ, 1957, p. 7; BIELSA, 1951, p. 7-28; SOUSA, 1975, p. 31).

As funções que a tributação pode desempenhar nesse aspecto levam também ao direcionamento dado pela própria Política Tributária à análise da função extrafiscal do tributo, campo vasto de atuação de medidas tributárias, agora direcionadas ao combate a pandemias.

O recurso a medidas tributárias para combater crises estruturais (além dos efeitos socioeconômicos e políticos decorrentes destas) não é novidade na história da Política Tributária. A tributação sempre exerceu um papel central em busca de superações de crises econômicas, sociais, políticas e estruturais, em uma perspectiva interna (ou nacional) ou internacional.

Justifica-se a presente pesquisa, portanto, pela relevância atual do tema e pela oportunidade de investigação que não se limite à mera análise descritiva de eventuais medidas tributárias, mas proporcionar análise crítica de tais medidas e, sobretudo, propor, quando necessário, medidas tributárias que forneçam aperfeiçoamento ou melhorias às medidas existentes, assim como até mesmo ao próprio Sistema Tributário Nacional.

1. POLÍTICA TRIBUTÁRIA E FUNÇÕES (OU OBJETIVOS) DA TRIBUTAÇÃO

Uma das grandes questões no campo da Política Financeira e na Teoria das Finanças Públicas (ou Ciência das Finanças Públicas) tem sido, no substrato tributário, o delineamento dos objetivos que os instrumentos financeiros devem perseguir.

Enquanto instrumentos ou ferramentas de Políticas Públicas, identificar os objetivos correntes aos quais tais instrumentos podem servir, possui particular relevância, especialmente no campo em que essas medidas se concretizam, visando atingir determinados fins (TEODOROVICZ, 2020, p. 299-341; MARINS, TEODOROVICZ, 2010, p. 73-123).

Evidentemente, a Política Tributária não prescinde de finalidade que fundamente sua veiculação, seja ela determinada ou não e, naturalmente, é variável conforme o ideal planejado por cada Estado, em determinado lugar e em determinado contexto histórico (DALTON, 1980, p. 59).

A Política Tributária envolve a utilização de tributos para alcançar determinadas finalidades (pré-determinadas ou não) (SOARES MARTÍNEZ, 1993, p. 22 e ss). Assim, é corrente, na literatura financista (sob uma perspectiva econômica) e na Política Tributária, o reconhecimento de diferentes funções delineáveis à tributação, tais como: a) função alocativa (tendo em vista o fornecimento de bens públicos à sociedade), b) função distributiva (buscando ajustar a distribuição de renda segundo as necessidades sociais) e; c) estabilizadora (enquanto instrumento de política econômica tendente a viabilizar crescimento econômico, pleno emprego, etc) (MORI, 2009, p. 03-05).

Nesses quadros, tais medidas relacionam-se diretamente com a política dos gastos públicos, alcançando outros aspectos da realidade financeira (e não apenas a criação, fiscalização, cobrança e arrecadação de tributos)

(FERNANDES, 2009, p. 129-131). Porém, em preliminar aproximação, não se pode afastar o fato de que, independente da medida adotada, é sempre saliente que a Política Fiscal ou Financeira também é refletida pela realidade política financeira (assim como social, econômica, ambiental, etc) de cada país.

Não é por acaso que Aliomar Baleeiro (1975, p. 102) e Ursula K. Hicks (1961, p. 55-86) demonstram a possibilidade de se identificar determinadas tendências nas medidas de Políticas Fiscais adotadas por países a partir do estágio de desenvolvimento desses. Assim, historicamente, os países "desenvolvidos" geralmente tendiam a apresentar políticas voltadas à manutenção de suas estruturas econômicas e financeiras estabilizadas e, ao mesmo tempo, garantir o crescimento sem comprometer o que já havia sido estabelecido, ao passo que os países "em desenvolvimento", influenciados pelos modelos que tiveram sucesso em outras realidades econômicas, adotavam políticas análogas que visavam seguir os passos dos países já avançados no degrau do desenvolvimento econômico.

Nesse aspecto, relevante também considerar a reflexão de John F. Due (1974, p. 15-46), que organizou os principais objetivos para as políticas fiscais adotadas pelos países em desenvolvimento, sem considerar aspectos de ordem política inerentes aos mesmos, mas guardando sempre alguma semelhança quanto aos objetivos econômicos, aos instrumentos e à intensidade de alcançar esses objetivos gerais, que poderiam ser descritos como os seguintes: (a) aceleração do progresso: baseada na ênfase concedida à aceleração do desenvolvimento econômico, relativamente ao aumento da renda real *per capita* ao nível dos países desenvolvidos; (b) modelo de distribuição de renda: voltada à realização ou preservação de um "[...] razoável modelo de distribuição dos ganhos obtidos pelo desenvolvimento"; (c) alocação dos recursos: as economias em desenvolvimento vinculam-se à veiculação dos recursos visando a uma melhor satisfação da comunidade – ou do grupo dominante; (d) estabilidade dos preços: embora considerada secundária em face dos já citados objetivos, a preservação do nível de preços relativamente estável é objetivo almejado por essas economias.

É compreensível, portanto, que tais objetivos financeiros, já ventilados por grandes financistas e estudiosos da Política Fiscal (ou Política Financeira) e das Finanças Públicas, repercutam-se no estudo jurídico da tributação, como se pode observar em Reuven S. Avi-Yonah que, por sua

vez, também menciona pelo menos três funções (ou objetivos) exercidas pela tributação: arrecadação (no intuito de obter receitas necessárias para atender às funções estatais); redistribuição (visando redistribuir riquezas e diminuir as desigualdades sociais) e regulação (tributação utilizada para orientar a atividade econômica do setor privado conforme os interesses do Estado) (AVI-YONAH, 2008, p. 7-30).

No campo da tributação, em especial, vale a pena especializar a reflexão para as diferentes funções dos tributos e, em especial, sobre a fiscalidade, a extrafiscalidade (TEODOROVICZ, 2020, p. 299-341) e as relações dessas respectivas funções com a Política Fiscal (e Tributária).

2. POLÍTICA TRIBUTÁRIA ANTICÍCLICA E A FUNÇÃO EXTRAFISCAL: ANÁLISE HISTÓRICA

A utilização de mecanismos tributários para alcançar outros objetivos que não prioritariamente a arrecadação. Nesse contexto, no Império Romano, Ezio Vanoni (1952, p. 16 e ss) mencionou que a tributação poderia ser adotada como encargo de guerra, incidindo sobre nações vencidas.

Outros históricos exemplos são fornecidos por Edgard Allix (1921, p. 354 e ss), quanto ao período medieval, quando a tributação se ligava às necessidades (muitas vezes injustas) reais e, como ensina Edwin Seligman (1914, p. 4 e ss), ao financiamento bélico.

Evidentemente que, no transcorrer histórico da tributação, o tributo assumiu, ao lado da fiscalidade, diferentes funções ou finalidades, sendo inclusive considerado o pavio da pólvora para diferentes revoltas civis de grande relevância, a exemplo da Boston Tea Party, que direta ou indiretamente contribuiu para desencadear a independência norte-americana, assim como os fatores tributários que contribuíram para a Revolução Francesa (COSTA, 2005, p. 51 e ss).

O século XIX, marcado em muitas realidades pelo Liberalismo Individual (consolidando o Estado "Guarda Noturno"), contribuiu para restrição da atividade tributária, ligada à ideia de Finanças Neutras, isto é, dedicada exclusivamente ao equilíbrio financeiro e bastante limitada no campo dos serviços públicos. O tributo era visto, na melhor das ocasiões, como um mal necessário.

Adolph Wagner, renomado financista austríaco do século XIX, por outro lado, caminhando contra a corrente daquele período, considerou a inclusão de questões sociais como preocupação da atividade tributária, especialmente no campo da redistribuição de riquezas. A concepção de Wagner, sobre o imposto, incluindo-o como "direito histórico", que recebia influências econômicas, mas também políticas, financeiras e sociais, encontrava o imposto como caminho útil a viabilizar políticas sociais e, em particular, de redistribuição de riquezas (WAGNER, 1909, p. 111-113) Evidentemente, a redistribuição de riquezas inclui-se no campo do Direito Financeiro. Essa sensibilidade social necessária, na visão de Wagner, levaria ao reconhecimento embrionário da Função Social do Tributo (DEODATO, 1949, p. 20; MARINS, TEODOROVICZ, 2010, p. 73-123).

Por outro lado, em pleno apogeu do Estado não interventor, havia prevalência majoritária na identificação da tributação restringida, buscando unicamente arrecadar receitas públicas para os gastos públicos. Merece lembrança, nesse contexto, a contribuição de Edwin Seligman (1914, p. 1 e ss). Para o financista norte-americano, a busca pelo direcionamento social (em busca de justiça social) de figuras financeiras como o imposto era decorrente da natural ligação do tributo às ciências econômicas que, por sua vez, caracterizava-se como ciência social. Porém, para o autor, na função arrecadatória do tributo estaria em campo de atuação distinto do direcionamento social dos impostos, ainda que tenha reconhecido a possibilidade de diferentes finalidades atribuíveis aos impostos (SELIGMAN, 1914, p. 5-9).

Porém, nas primeiras décadas do século XX, com o surgimento diferentes fenômenos históricos, como a Primeira Guerra Mundial, as Constituições Sociais de Weimar (1919) e do México (1917), a Revolução Socialista que levou à criação da União Soviética, além de outros fatores ulteriores, um novo ambiente econômico, político e social possibilitou a repaginação entre as relações entre o Estado, o indivíduo e a sociedade, nas primeiras décadas do século XX (MARINS, TEODOROVICZ, 2010).

Os fatores culminantes no qual o modelo econômico liberal chegaria ao seu limite ocorreram especialmente com as consequências trazidas pela Primeira Guerra Mundial (1914-1918) e pelo "*Crack* da Bolsa de Nova York", de 1929. A partir desses acontecimentos, surgiu a necessidade de

novos ares aos estudos econômicos e um novo paradigma substituindo o anterior. Ganha destaque, nesse aspecto, a contribuição de John Maynard Keynes, assim como a proposta de política econômica interventora elaborada pelo mesmo autor e, especificamente, a importância relegada por Keynes aos tributos que, a partir desse momento, teriam reconhecimento severamente majorado enquanto veículos viabilizadores das políticas econômicas e sociais (KEYNES, 1971, 81-119; DEL BRIO, 1971, p. 7-49).

Embora essas considerações teóricas sobre a utilização de instrumentos financeiros pelo Estado já fossem discussões antigas nas doutrinas financistas, somente na década de trinta do século XX a expressão "Política Fiscal" começa a ser veiculada com significado específico, passando a significar a aplicação de determinadas teorias econômicas, através de mecanismos financeiros, "à política anticíclica" (BALEEIRO, 1975, p. 29). Essa ideia fundamenta a adoção da Política Fiscal enquanto instrumento de intervenção de estruturas econômico-sociais, e que passou a ser identificada como corretivo das depressões econômicas, bem como de processos inflacionários (BALEEIRO, 1975, p. 29).

Apesar de a obra de Keynes reformular a teoria econômica da época, rejeitando o liberalismo clássico individualista (prevalecente no século XIX e no início do século XX), o viés de sua intervenção era marcado notadamente pela influência de fenômenos externos. Buscava responder às crises econômicas e sociais originárias daquele período, notadamente a Primeira Guerra Mundial e o "*Crack*" de 1929, em Nova York (TEODOROVICZ, 2020, p. 299-341; MARINS; TEODOROVICZ, 2010, p. 73-123).

Tencionava oferecer resposta que não foi alcançada pelos pressupostos do liberalismo econômico clássico, cujos postulados eram criticados por Keynes, especialmente no que tange às ideias prevalecentes sobre o trabalho, a produção e a possibilidade de o mercado orientar as relações de emprego (CONTADOR, 1992, p. 11-12; KEYNES, 1984, p. 170).

No que tange especificamente à tributação, Keynes defendeu o papel dos gastos públicos como complemento ao dispêndio privado, consagrando a necessidade de que o papel do Estado alterasse sua feição, de índole restritivista e "neutra", no período liberal, para assumir papel intervencionista na economia e na sociedade. Embora Bernard Pajiste contextualize que a temática tributária não ocupe grande extensão e desenvolvimento

naquele trabalho de Keynes, a importância da tributação ficou evidenciada "nas conclusões e notas finais redigidas por Keynes sobre a filosofia social da Teoria Geral" (PAJISTE, s/d, p. 26).

Nesse aspecto, verifica Pajiste que a concepção de Keynes parte do reconhecimento da existência de dois grandes vícios marcantes no mundo econômico. Por um lado, passa pelo reconhecimento da ineficiência da busca pelo pleno emprego (emprego digno). Ainda, passa pela noção de distribuição da fortuna e da renda, absolutamente arbitrária e carente de qualquer noção de igualdade, para Keynes. Assim, a instrumentalização da atividade tributária para também satisfazer esses dois objetivos (alcançar o pleno emprego e a distribuição de renda) – seria proporcionada "sobretudo através de uma mecânica fiscal, que pretende remedia-los" (PAJISTE, s/d, p. 24).

A diferenciada orientação da atividade tributária identificada por Keynes, fundamentada em necessidades da época, passa a representar, estruturalmente, uma atividade tributária ativa no combate às grandes depressões. Não é por outro motivo que, a partir dessas ideias de Keynes, a Política Fiscal passa a guardar grande aproximação terminológica à chamada "Política Fiscal Anticíclica" (de combate às depressões) (TEODOROVICZ, 2020, p. 299-341).

Portanto, a contribuição de John Maynard Keynes, ao relacionar a importância da atuação estatal a políticas públicas de viabilização de determinadas metas, tais como o "pleno emprego" e a "redistribuição de riquezas" ou a "estabilização monetária" orientou diferenciada formulação de instrumentos tributários interventores na economia e na sociedade, com objetivos pré-definidos, mas com metas de combate ou de superação de crises (sobretudo econômicas) estruturais (MARINS; TEODOROVICZ, 2010, p. 73-123).

A formação do Estado Interventor ou Estado Social evidencia-se nessa perspectiva, especialmente através do reconhecimento do Estado enquanto caminho para a superação da crise econômica e social registrada naquele período (KEYNES, 1984, p. 170). Logo, difunde-se a expressão "Política Fiscal" ou "Política Fiscal Anticíclica", cuja essência resultaria na adoção de políticas públicas financeiras (e tributárias) para o combate a momentos de crise, sobretudo (MARINS, 2005, p. 49 e ss; BALEEIRO, 2000, p. 28-29).

Observa-se também que as ideias de Keynes, mesmo anteriores à Crise de 1929, já caminhavam pela utilização de políticas públicas para a intervenção na economia (KEYNES, 1971, p. 92 e ss). A Política Fiscal, na visão de Keynes, agrega metas econômicas e sociais, escapando da visão econômica clássica que era própria do Liberalismo (KEYNES, 1992, p. 23). Evidentemente, no campo tributário, tais contribuições ofereciam grande oportunidade de desenvolvimento para estudos ligados à extrafiscalidade, pois vinculava a atividade financeira a objetivos que escapavam à mera arrecadação (PAJISTE, s/d, p. 26).

Em verdade, o tributo, ou a atividade tributária, nunca foi neutro, seja em uma perspectiva liberal individualista, seja em uma economia planificada ou socialista, pois repercute e interfere na vida econômica e social, refletindo no aperfeiçoamento político intraestatal e interestatal (DEODATO, 1949, p. 20 e ss; LAUFENBURGER, 1951, p. 268 e ss; MARINS, TEODOROVICZ, 2010, p. 73-123). Assim, a Política Fiscal (e Tributária) dedicada ao combate de efeitos nocivos à economia e à sociedade, decorrentes de crises estruturais, e a utilização de mecanismos tributários (fiscais ou extrafiscais), não é novidade alguma (TEODOROVICZ, 2020, p. 299-341).

Novas crises, porém, geram novas demandas de Políticas Públicas, nas quais a tributação sempre exerce papel de destaque. Não seria diferente com a crise desencadeada pela pandemia atualmente surgida em face do coronavírus (Covid-19), portanto.

3. BREVES ANOTAÇÕES HISTÓRICAS SOBRE A GRADUAL RECEPÇÃO DA EXTRAFISCALIDADE NA CIÊNCIA DO DIREITO TRIBUTÁRIO

Com a progressiva atenção concedida por estudiosos da Ciência das Finanças e da Política Fiscal sobre as funções extrafiscais do tributo, isto é, as funções do tributo que escapam à mera função arrecadatória, era previsível que a literatura do Direito Tributário também sentisse as repercussões do mesmo. Curiosamente, a prevalência por determinada ideologia econômica, sobretudo liberal, de muitos autores, especialmente na transição entre o século XIX e as primeiras décadas do século XX, não afetou o reconhecimento e a análise desse interessante fenômeno no campo da

tributação (TEODOROVICZ, 2020, p. 299-341; MARINS; TEODOROVICZ, 2010, p. 73-123).

A atividade tributária era motivada por razões de ordem econômica e social, refletia Franz von Myrbach-Rheinfeld (1910, p. 107-108), ainda que o autor austríaco tivesse predileção pelo aspecto fiscalista-liberal do tributo. A tributação voltada a objetivos sociais também aparecia nas lições de Ernst Blumenstein (1954, p. 164), Albert Hensel (1956, p. 344), Achille Donato Giannini (1956, p. 39-357), Benvenuto Griziotti (1958, p. 5-6), Rafael Bielsa (1951, p. 357-364) e mesmo em autores que assumiam predileção pela função fiscal da tributação, a exemplo do mestre espanhol Fernando Sainz de Bujanda (1967, p. 37-39). Mario Puglièse lembra que a extrafiscalidade destinada ao incentivo de crescimento demográfico, em especial, à natalidade, era medida comumente adotada em países devastados por Guerras (PUGLIÈSE, 1939, p. 62-102). Naturalmente, entre estudiosos que transitavam entre a Ciência das Finanças e o Direito Financeiro, ou que analisavam o aspecto político da atividade financeiro – e, consequentemente, da atividade tributária, também denunciavam esse aspecto da tributação ligado a finalidades sociais e à intervenção econômica (TEODOROVICZ, 2020, p. 299-341; MARINS; TEODOROVICZ, 2010, p. 73-123).

A experiência tributária brasileira, especialmente nas primeiras décadas de sua formação, caminhou refletindo as lições estrangeiras, isto é, reconhecendo a extrafiscalidade. Aliomar Baleeiro, nesse sentido, em celebrado estudo sobre Ciência das Finanças, já reconhecia a ligação entre a extrafiscalidade e a Política Fiscal Anticíclica (DEL BRIO, 1971, p. 24), sedimentada por Keynes (BALEEIRO, 2000, p. 30-31), já que, para o autor brasileiro, a expressão seria uma então "nova terminologia" para indicar a aplicação da extrafiscalidade a objetivos específicos naquele período de crise (TEODOROVICZ, 2020, p. 299-341; MARINS; TEODOROVICZ, 2010, p. 73-123). Era natural que os financistas brasileiros estivessem à frente na análise da função extrafiscal do tributo.

Assim, no princípio do século XX, João Pedro da Veiga Filho mencionava a contribuição de Alberto Nogueira (VEIGA FILHO, 1906, p. 97-99), no reconhecimento do caráter econômico, político e social do fenômeno financeiro. No mesmo passo, De Plácido e Silva (1941, p. 151-153) e Francisco D'Auria (1962, p. 43-44) reforçavam o caráter político

da atividade financeira. Evidentemente, tais considerações eram extensíveis à atividade tributária. É interessante notar que a expressão "extrafiscalidade" nos primeiros estudos brasileiros, apresentava certa confusão terminológica, especialmente nos primeiros estudos jurídicos sobre a tributação. Exemplificativamente, Rubens Gomes de Sousa (1975, p. 174-175) reconhecia a função "parafiscal" (decorrente da "parafiscalidade") e já tratava com especial atenção do fenômeno, denominando-o de "parafiscalidade". Sousa interpretava que a função extrafiscal do tributo deveria ser incorporada ao gênero "parafiscalidade", do qual se dissociariam os tributos cobrados por entes descentralizados e, também, os tributos cujos objetivos não fossem prioritariamente a arrecadação (TEODOROVICZ, 2020, p. 299-341; MARINS; TEODOROVICZ, 2010, p. 73-123).

Naturalmente, mais recomendável seria separar as expressões "parafiscalidade" da "extrafiscalidade", como foi feito pelos autores brasileiros que seguiram os passos da experiência anterior. Nesse sentido, mencionem-se as investigações sobre a extrafiscalidade de José Souto Maior Borges (1998, p. 01 e ss), Alfredo Augusto Becker (1963, p. 541-545), Ruy Barbosa Nogueira (1999, p. 184-185), Ricardo Lobo Torres (2005, p. 6), Antônio Roberto Sampaio Dória (1964, p. 237-238), Geraldo Ataliba (1968, p. 150), Paulo de Barros Carvalho (2005, p. 234-236), Bernardo Ribeiro de Moraes (1993, p. 441), Hugo de Brito Machado (2006, p. 87), Ives Gandra Martins (1998, p. 163 e ss) e Luís Eduardo Schoueri, no estudo da norma tributária indutora (SCHOUERI, 2005).

Todos os autores supramencionados (MARINS; TEODOROVICZ, 2010, p. 73-123; MARINS, TEODOROVICZ, 2010, p. 73-123), independentemente dos pressupostos epistemológicos ou metodológicos adotados à investigação jurídico-tributária, mantiveram o reconhecimento da função extrafiscal do tributo. As características da produção brasileira, no campo do Direito Tributário, não destoavam da experiência estrangeira, distanciando-se apenas em decorrência de algumas tendências epistemológicas, como a maior ou menor adesão ao positivismo formal normativo, por exemplo, na interpretação do funcionamento da extrafiscalidade.

Ainda que o reconhecimento e a delimitação da extrafiscalidade sejam preocupações constantes na literatura especializada, as relações (e os limites) entre extrafiscalidade e fiscalidade até hoje causam dúvidas. Ainda que em alguns exemplos específicos, como a intervenção econômica

através da tributação aduaneira ou alfandegária (DUE, 1974, p. 45 e ss), seja mais evidente a extrafiscalidade em face da fiscalidade, nem todas as situações levaram a distinções tão claras entre o caráter fiscal e o caráter extrafiscal de determinadas medidas tributárias.

Exemplo tão lembrado é a tributação elevada sobre cigarros, por exemplo. Há o caráter extrafiscal (desincentivo a condutas nocivas à saúde), mas também há o caráter fiscal (de arrecadação). Há também políticas tributárias extrasfiscais ligadas à redistribuição de riquezas ou finalidades sociais (DALTON, 1980, p. 126-127), como a tributação mais elevadas para terras rurais improdutivas.

Há, não raramente, uma linha tênue entre extrafiscalidade e fiscalidade, portanto. Além disso, ideologias predominantes de determinado Estado podem interferir na própria concepção e no funcionamento da tributação. Independentemente do contexto, a ideologia (ou ideologias) predominante(s) sempre interfere(m) na construção dos sistemas tributários e, até mesmo, na função fiscal e extrafiscal da tributação.

Assim, a neutralidade tributária, nos termos inicialmente defendidos pelos primeiros financistas, nunca existiu e nunca existirá. Sempre haverá uma carga mínima de intervenção (mesmo não claramente desejada) do tributo na vida econômica ou social. Da mesma forma, a extrafiscalidade e a fiscalidade não são dissociáveis, mas se mesclam mutuamente, onde algumas situações específicas denotarão maior facilidade de identificação e diferenciação entre os aspectos fiscais e extrafiscais de determinada medida tributária, portanto.

Se a visão acerca da extrafiscalidade pelos juristas está consubstanciada na tributação com finalidades de intervenção na economia (exemplo: tributos alfandegários) ou de finalidades sociais (a seletividade para produtos considerados importantes para o sustento, majoração dos tributos para grandes propriedades rurais, por exemplo), há também novas e recentes remodelagens e ampliações da função extrafiscal do tributo, como se pode observar também na função ambiental ou socioambiental do tributo, desenvolvida nas últimas décadas como instrumento para a proteção do meio ambiente e, por sua vez, voltada à sustentabilidade sistêmica (MARINS; TEODOROVICZ, 2010, p. 73-123).

Assim, os estudos sobre a extrafiscalidade acabam reconhecendo a possibilidade atual não apenas de utilização de tributos com fins extrafis-

cais ligados à intervenção ou indução econômica ou social, mas também para atingir fins de proteção ambiental. Nesse contexto, deve-se também reconhecer que a tributação, sendo ligada a fins extrafiscais econômicos, sociais ou ambientais, também pode ser direcionada a objetivos ligados ao combate a crises estruturais (a exemplo de pandemias).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS: POSSÍVEIS CAMINHOS PARA O COMBATE À PANDEMIA (COVID-19) ATRAVÉS DE POLÍTICAS PÚBLICAS TRIBUTÁRIAS

Assim, a Política Fiscal (e Tributária) dedicada ao combate de efeitos nocivos à economia e à sociedade, decorrentes de crises estruturais, e a utilização de mecanismos tributários (fiscais ou extrafiscais), não é novidade alguma. Novas crises, porém, geram novas demandas de Políticas Públicas, nas quais a tributação sempre exerce papel de destaque.

Não seria diferente com a crise desencadeada pela pandemia atualmente derivada do coronavírus (Covid-19), portanto. O redirecionamento da Política Fiscal Anticíclica, agora mais do que nunca, tem sido dedicado ao combate dos malefícios da crise gerada pela pandemia do coronavírus (Covid-19). Nesse sentido, medidas de Políticas Fiscais (e não apenas tributárias) destinadas a combater os efeitos da pandemia têm sido identificadas globalmente.

Recentemente, a Organização para Cooperação Econômica e Desenvolvimento (OECD) publicou Relatório intitulado "Tax and Fiscal Policy in Response to the Coronavirus Crisis: Strengthening Confidence and Resilience" (2020, p. 20 e ss), buscando relatar as diferentes medidas de Política Financeiras e Tributárias adotadas por países membros da OECD para combater os efeitos da crise socioeconômica geradas pela pandemia do Covid-19. De forma geral, pode-se verificar, através do Relatório, que os países membros da OECD têm mantido políticas financeiras e tributárias ligadas a diferentes frentes e de diferentes espécies para a contenção dos efeitos nocivos causados pela pandemia (TEODOROVICZ, 2020, p. 299-341).

Ainda, o Relatório indica a necessidade de coordenação entre a Política Tributária e Política Monetária, assim como a necessidade de coordenação entre a Política Tributária e outros níveis de Políticas Públicas

(OECD, 2020, p. 20 e ss), reforçando a importância da agilidade na implementação de medidas de Política Financeira, Monetária e Tributária para combater a crise, assim como apontando também que a maioria das medidas tributárias é temporária, isto é, somente dedicadas a combater a situação específica da crise e com perspectiva de serem extintas com a supressão dos efeitos da crise.

A maioria dos países também adotou uma abordagem ampla de políticas públicas, combinando ferramentas financeiras e tributárias, introduzindo medidas para incentivar empresas a manter contratos de trabalho, assim como mantendo medidas para complementação de famílias de baixa renda que foram mais severamente afetados pela crise.

Outras medidas também são consideradas e recomendadas, relatando que a ampliação do diferimento de impostos pode ser usada para apoiar balanços patrimoniais.

Há também a recomendação de manter a redução ou isenção tributária para determinados setores empresariais, assim como medidas relativas à tributação indireta para reduzir a pressão sobre a liquidez do contribuinte. No mesmo passo, identifica-se a recomendação aos governos para adiar o pagamento de impostos especiais sobre setores mais vulneráveis, inclusive com medidas sugeridas pelas administrações tributárias no combate à crise, apresentando informações relevantes e recomendações. A cooperação internacional, nesse ponto, pode ser muito importante para a recuperação fiscal dos países.

De modo geral, ainda, o Relatório trata de diferentes possibilidades estratégicas de combate à crise, além de um possível panorama pós-crise para as políticas tributárias nacionais (OECD, 2020, p. 20-40). Pode-se observar, em atenção ao estudo elaborado pela OECD, que o Brasil tem seguido, em menor ou maior velocidade, a tendência já visualizada em países membros da OECD na adoção de políticas tributárias e financeiras anticíclicas, seja no âmbito da administração tributária, e até mesmo no campo das proposições legislativas. Além disso, merece lembrança também algumas recentes propostas elaboradas por setores representativos, especialmente dos fiscos brasileiros.

Em síntese, podem-se dividir as medidas atualmente adotadas em diferentes grupos: medidas de prorrogação de pagamento de tributos; medidas de simplificação tributária, especialmente no que tange ao cum-

primento de determinadas obrigações acessórias e certidões; medidas de prorrogação do cumprimento de obrigações acessórias; prorrogação da validade de certidões; medidas de redução da alíquota ou da base de cálculo de tributos; medidas de isenção ou alíquota zero para determinados produtos (específicas para determinadas atividades ou produtos); medidas de facilitação do pagamento dos tributos; medidas de transação fiscal (TEODOROVICZ, 2020, p. 299-341).

Ademais, em estudo técnico elaborado por Celso de Barros Correia Neto, José Evande Carvalho Araújo Lucíola Calderari da Silveira e Palos e Murilo Rodrigues da Cunha Soares, no âmbito da Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, são analisados os reflexos da pandemia gerada pelo Covid-19 em decisões judiciais em matéria tributária, no que se destacam controvérsias judiciais que envolvem:

> (1) as ações de suspensão do pagamento de tributos; (2) os pedidos de substituição do depósito judicial por seguro garantia; (3) a ação direta voltada à suspensão das restrições impostas pela Lei de Responsabilidade Fiscal em relação à concessão de benefícios fiscais e (4) as ações propostas pelos Estados para suspender o pagamento das parcelas relativas ao refinanciamento da dívida pública, débito cuja execução de garantias normalmente envolve a retenção do Fundo de Participação dos Estados (FPE) do ente inadimplente (NETO, ARAÚJO, SILVEIRA E PALOS, SOARES, 2020, p. 27 e ss).

Assim como o Poder Judiciário reverbera os efeitos da pandemia, é compreensível que o Poder Executivo e Legislativo igualmente reflita – e responda – a essa realidade – de maneira eficiente – adotando diferentes medidas tributárias infralegais e legais (e até mesmo editando Medidas Provisórias ou propondo Projetos de Leis) (TEODOROVICZ, 2020, p. 299-341) para o combate à crise gerada pelo Covid-19.

Há, conforme já informado, diversas medidas adotadas pelo Poder Executivo (administrações tributárias), para suspender a exigibilidade do crédito tributário, prorrogar os prazos para pagamento do tributo, estabelecer reduções de alíquotas tributárias para produtos estratégicos (insumos destinados à produção de vacinas ou de materiais farmacêuticos ou hospi-

talares), oferecer caminhos para o aprimoramento da transação tributária, dentre diversas outras medidas (TEODOROVICZ, 2020, p. 299-341).

O Poder Legislativo, porém, apesar de buscar colaborar na implementação de políticas públicas ao combate do coronavírus, tem também impulsionado o debate para a criação de tributos sobre grandes fortunas (na modalidade de impostos ou de empréstimos compulsórios). São mais de dez propostas legislativas, cada qual com diferentes roupagens, assim como distintos critérios para a tributação das grandes fortunas (TEODOROVICZ, 2020, p. 299-341).

Além disso, entidades representativas do Fisco também oferecem propostas para implementar medidas de reforma tributária para o período pandêmico (e para o período posterior à pandemia) (TEODOROVICZ, 2020, p. 299-341).

Não obstante tais esforços, questiona-se se períodos de grandes crises devem impulsionar reformas estruturais amplas ao Sistema Tributário Brasileiro. De qualquer forma, essas medidas implementadas devem respeitar, naturalmente, as limitações constitucionais ao poder de tributar do Estado (e os direitos fundamentais dos contribuintes).

REFERÊNCIAS

ALLIX, Edgard. **Traité élémentaire de science des finances et de legislatión financière.** 4. ed. Paris: Rousseau et Cie Éditeurs, 1921.

ATALIBA, Geraldo. **Sistema constitucional tributário brasileiro**. São Paulo: Ed. RT, 1968.

AVI-YONAH, Reuven S. Os três objetivos da Tributação. **Revista Direito Tributário Atual**. São Paulo, n. 22. 2008.

BALEEIRO, Aliomar. **Cinco aulas de finanças e política fiscal**. 2ª edição. São Paulo: José Bushatsky, 1975.

_____. **Uma Introdução à Ciência das Finanças**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 1963.

BIELSA, Rafael. **Estudios de Derecho Público. II**. Derecho Fiscal. Buenos Aires: Depalma, 1951.

BLUMENSTEIN, Ernst. **Sistema di diritto delle imposte**. Trad. Francesco Forte. Milano: Giuffrè, 1954.

BORGES, José Souto Maior. **Introdução ao direito financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

BUJANDA, Fernando Sainz de. **Hacienda y Derecho. Estudios de Derecho Financiero**.V. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1967.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário.** 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CONTADOR, Cláudio R. A Importância da Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda. Apresentação da Edição Brasileira. In: KEYNES, John Maynard. **A Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda.** Tradução de Mário R. da Cruz. São Paulo: Editora Atlas S.A., 1992.

COSTA, Alcides Jorge. História do direito tributário I e II. In: FERRAZ, Roberto Catalano Botelho. **Princípios e limites da tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

D'AURIA, Francisco. **Ciência das finanças (teoria e prática).** 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1962.

DALTON, Hugh. **Princípios de Finanças Públicas**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1980.

DE PLÁCIDO E SILVA. **Noções de finanças e direito fiscal**. 2. ed. São Paulo/Curitiba/Rio de Janeiro: Guairá, 1941.

DEL BRIO, Francisco Dominguez. **Estudio Preliminar.** In: DEL BRIO, Francisco Dominguez. **La Politica Fiscal em Accion**. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1971.

DEODATO, Alberto. **As Funções Extrafiscais do Imposto**. Belo Horizonte. Imprensa Oficial, 1949.

DÓRIA, Antônio Rodrigo Sampaio**. Princípios constitucionais tributários e a cláusula due process of law**. São Paulo: Ed. RT, 1964.

DUE, John F. **Tributação indireta nas economias em desenvolvimento**. Trad. Camila Perret. São Paulo: Perspectiva, 1974.

FERNANDES, Edison Carlos. Adaptação da Política Fiscal em tempo de economia internacional integrada. In: VASCONCELLOS, Roberto Frnça. **Direito Tributário. Política Fiscal**. Série GVlaw. São Paulo: Saraiva/FGV, 2009.

FERREIRO LAPATZA, José Juan. **Direito Tributário: Teoria Geral do Tributo**. Barueri: Marcial Pons/Manole, 2007.

GIANNINI, A. D. **I concetti fondamentali del diritto tributario**. Torino: Unione Tipografico/Editrice Torinese, 1956.

GRIZIOTTI, Benvenuto. **Princípios de Política, Derecho y Ciência de La Hacienda**. Madrid: Instituto Editorial Réus, 1958.

HENSEL, Albert. **Diritto tributario**. Trad. Dino Jarach. Milano: Giufrrè, 1956.

HICKS, Ursula K**. Finanças Públicas**. Manuais de Economia Cambridge. Trad. Leopoldo Fontenele. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1961.

KEYNES, John Maynard. **A Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda.** Trad. Mário R. da Cruz. São Paulo: Editora Atlas S.A., 1992.

_____. **A teoria geral do emprego.** Tamás Szmrecsányi (Org.). 2. ed. São Paulo: Ática, 1984.

_____. El camino hacia La prosperidad. In: DEL BRIO, Francisco Dominguez. **La Politica Fiscal em Accion.** Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1971.

LAUFENBURGER, Henry. **Finanzas comparadas. Estados Unidos/Francia/Inglaterra/México/URSS.** México/Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1951.

LAURÉ, Maurice. **Traité de Politique Fiscale**. Paris, Presses Universitaire de France, 1957.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MARINS, James. O Desafio da Política Jurídico-Fiscal. In: MARINS, James (coord.). **Tributação & Política**. Livro 6. Curitiba: Juruá, 2005.

MARINS, James; TEODOROVICZ, Jeferson. Extrafiscalidade socioambiental. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo: v. 18, n. 90. São Paulo: RT, 2010.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Teoria da imposição tributária**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1998.

MILL, Stuart. **Princípios de Economia Política. Com Algumas de suas Aplicações à Filosofia Social.** Volume II. Trad. Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

MORAES, Bernardo Ribeiro de. **Compêndio de direito tributário**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

MORI, Rogério. Política Fiscal e Desempenho Macroeconômico. In: **Direito Tributário. Política Fiscal**. Série GVlaw. Roberto França Vasconcellos (Coord.). São Paulo: Saraiva – FGV, 2009.

MYRBACH-RHEINFELD, Franz Von**. Précis de droit financier**. Trad. É. Bouche-Leclercq. Paris: V. Giard & E. Briere, 1910.

NETO, Celso de Barros Correia; ARAÚJO, José Evande Carvalho; SILVEIRA E PALOS; Lucíola Calderari da; SOARES, Murilo Rodrigues da Cunha**. Tributação em Tempos de Pandemia (Estudo Técnico).** Consultoria Legislativa. Câmara dos Deputados, Brasília, 2020.

NEUMARK, Fritz. **Princípios de La Imposición**. Obras Básicas de Hacienda Pública. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales. Ministerio de Hacienda, 1974.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa**. Curso de direito tributário**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

OECD. Tax and Fiscal **Policy in Response to the Coronavirus Crisis: Strengthening Confidence and Resilience.** OECD 2020. Tackling Coronavirus (Covid-19) – Browse OECD contributions, p. 01 e ss. Disponível em: <https://read.oecd-ilibrary.org/view/?ref=128_128575-o6raktc0aa&title=Tax-and-Fiscal-Policy-in-Response-to-the-Coronavirus-Crisis> Acesso em: 14 jun. 2020.

PAJISTE, Bernard. **Introdução à Política Fiscal.** Rio de Janeiro: Edições Financeiras, s/d.

PUGLIESE, Mario. **Instituciones de derecho financiero**. México: Fondo de Cultura Economica, 1939.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SELIGMAN, Edwin R. A. **Essais sur l'impôt.** Trad. Louis Suret. Paris: V. Girard & E. Brière, 1914.

SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações. Investigação Sobre sua Natureza e suas Causas**. Livro 4. Volume II. Tradução de Luis João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural.

SOARES MARTÍNES, Pedro Mário. **Direito Fiscal.** Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

SOUSA, Rubens Gomes de. **Compêndio de Legislação Tributária.** Edição Póstuma. IBET – Resenha Tributária, 1975.

TEODOROVICZ, Jeferson. Políticas Públicas Tributárias Anticíclicas, Extrafiscalidade e o Combate a Pandemias. In: SEGUNDO, Hugo de Brito Machado et al. (Orgs.). **A pandemia da Covid-19 no Brasil em sua dimensão financeira e tributária.** Belo Horizonte, São Paulo: D' Plácido, 2020.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

VANONI, Ezio. **Natureza e interpretação da legislação tributária**. Trad. Rubens Gomes de Sousa. Rio de Janeiro: Edições Financeiras, 1952.

VEIGA FILHO, João Pedro da. **Manual da sciencia das finanças**. 2. ed. São Paulo: Spindola & Comp., 1906.

WAGNER, Adolph. **Traité des science des finances. Théorie de l'Imposition, theorie des taxes et théorie générale des impôts.** 2. ed. Trad. Jules Ronjat. Paris: V. Giard & E. Brière, 1909.

HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA COMO OBRIGAÇÃO ABSTRATA

Maximiliano Carlos da Silva Barboza[42]

INTRODUÇÃO

Não existe um só significado para definir o que seja Direito. Vários doutrinadores tentam defini-lo, mas não conseguem chegar a um conceito apenas. Os autores entrem em consenso, no entanto, de que se não existisse o direito se não haveria sociedade, pois ele é o elemento principal para que os particulares vivam em paz.

O Direito se divide em público e privado. O Direito público tem como figura participante o Estado; e já o privado estuda as relações entre os particulares. Cada ramo do Direito tem suas subdivisões. O Direito privado se divide em Direito Civil e Comercial (empresarial). Já o Direito Público lida com o estante das ramificações jurídicas; como exemplo, há o Direito Constitucional, Penal, Processual, Trabalho, Financeiro e Tributário.

O Direito Tributário estuda a força estatal de cobrança dos tributos e suas limitações. O tributo é pago em dinheiro, ou coisa que possa vira dinheiro, de maneira compulsória, onde que cobra é o fisco. Existem cinco tipos de tributos atualmente: taxa, imposto, contribuição de melhoria, empréstimo compulsório e as contribuições sociais. Independentemente do tipo de tributo, ele nasce na conjugação de dois elementos: fato gerador e obrigação tributária. Entretanto, existe um fato antecipado desses dois ele-

42 Pós-graduado em Direito Tributário pelo Instituto Pedagógico de Minas Gerais, Pós-graduado em Direito Marítimo pela Faculdade de Minas, Graduado em Bacharel em Direito pela Uninorte

mentos que criam o tributo, chamado hipótese de incidência. Com isso, só com a existência da hipótese de incidência se gera uma obrigação abstrata.

Este trabalho explica o que é o direito e cada uma de suas principais ramificações. Para alcançar seu objetivo, visto que tudo tem uma origem, afirma-se que é possível ter a hipótese de incidência como obrigação abstrata.

1. O DIREITO

Não existe um conceito específico que defina o que é o direito; seu significado tem aparecido em várias doutrinas, mas não é unificado. Reale define o direito como "ordenação bilateral atributiva das relações sociais, na medida do bem comum" (2001, p. 55). Meirelles define como "o conjunto de regras de conduta coativamente impostas pelo Estado" (2004, p. 37). Jhering apud Meirelles conceitua "o complexo das condições existências da sociedade, asseguradas pelo Poder Público" (2004, p. 37).

Mesmo não havendo um conceito único, o direito não poderia existir sem a presença mínima de duas pessoas, ou seja, "não há sociedade sem direito: *ubi societas ibi jus*" (GRINOVER, 1998, p. 8). Pode-se ver essa afirmação através do exemplo que Grinover traz em seu livro: "não haveria, pois, lugar para o direito, na ilha do solitário Robison Crusoé antes da chegada do índio Sexta-Feira" (1998, p. 8).

Verifica-se que onde só existe uma pessoa, não há motivo a aplicação do direito, mas quando ocorre uma aglomeração, é necessária sua manifestação como mecanismo determinante para existência e organização da sociedade, pois sem ele o mundo entraria em um grande colapso.

Reale diz o seguinte:

> Podemos, pois, dizer, sem maiores indagações, que o Direito corresponde à exigência essencial e indeclinável de uma convivência ordenada, pois nenhuma sociedade poderia subsistir sem um mínimo de ordem, de direção e solidariedade. (2001, p. 1-2).

Ainda:

> De "experiência jurídica", em verdade, só podemos falar onde e quando se formam relações entre os homens, por isso denominadas *relações intersubjetivas*, por envolverem sempre dois ou mais su-

> jeitos. Daí a sempre nova lição de um antigo brocardo: *ubi societas, ibi jus* (onde está a sociedade está o Direito). A recíproca também é verdadeira: *ubi jus, ibi societas*, não se podendo conceber qualquer atividade social desprovida de forma e garantia jurídicas, nem regra jurídica que não se refira à sociedade. (2001, p. 2)qualquer

2. AS DIVISÕES DO DIREITO

Mesmo não tendo um conceito único para defini-lo, verifica-se que é necessária sua existência para que haja um mínimo de ordem na sociedade. Apesar de seu significado não ser unificado, vários doutrinadores o dividem para fins didáticos. A divisão mais aceita é a separação em direito público e privado.

Reale afirma que a primeira divisão aparece em Roma:

> A primeira divisão que encontramos na história da Ciência do Direito é a feita pelos romanos, entre Direito Público e Privado, segundo o critério da *utilidade* pública ou particular da relação: o primeiro diria respeito às coisas do Estado (*publicum jus est quod ad statum rei romanaespectat*), enquanto o segundo seria pertinente ao interesse de cada um (*privatum, quod ad singulorumutilitatemspectat*). (2001, p. 319).

Sendo o direito publico a relação do Estado com o particular e o privado seria a relação entre eles. Meirelles afirma que "O direito é divido, inicialmente, em dois grandes ramos: Direito Público e Direito Privado, consoante a sua destinação. O Direito Público, por sua vez, subdivide-se em Interno e Externo" (2004, p. 38). Diferentemente de Reale, Meirelles subdivide o direito público.

Por lógica, o direito público interno seria o aplicado internamente no país, ou seja, a relação do Estado com sua nação. Já o externo seria utilizado nas "relações entre os Estados Soberanos e as atividades individuais no plano internacional" (MEIRELLES, 2004, p. 38).

O direito privado, segundo Meirelles (2004, p. 38), se divide em dois, a saber: Direito Civil; e Direito Comercial. Já o direito público interno, na divisão de Meirelles (2004, p. 38), se dividem em: Direito Constitucional; Direito Administrativo; Direito Penal; Direito Processual Penal e Civil;

Direito do Trabalho; e Direito Tributário. Meirelles (2004, p. 38) diz ainda que as subdivisões do direito não são estanques, podendo aparecer alguns ramos a cada dia, visto que a ciência jurídica está em evolução.

3. DO DIREITO PRIVADO

O direito privado é o ramo do direito que rege as relações em os particulares. Esta ramificação se subdivide em Direito Civil e Comercial.

3.1. DIREITO CIVIL

O Direito Civil rege a relação entre os indivíduos, não tem a intromissão do Estado. Reale diz que o Direito Civil é "constituição do homem comum, isto é, do que há de comum entre todos os homens" (2001, p. 336). Nesta ciência jurídica, tenta-se proteger todas as manifestações particulares perante a sociedade. Essa exteriorização do direito privado tem com base sete princípios, que são explicados por Reale da seguinte forma:

> a) os *direitos pessoais*, como os relativos ao indivíduo como ente válido por si mesmo, protegendo-lhe o ser pessoal, o nome, a imagem etc.;
>
> b) os *direitos obrigacionais*, tendo como fulcro o poder de constituir situações jurídicas intersubjetivas para consecução de fins civis ou econômicos;
>
> c) os direitos associativos, como projeção da autonomia da vontade constituindo entes coletivos, isto é, pessoas jurídicas privadas;
>
> d) os *direitos reais*, relativos à posse e à propriedade e suas formas de explicitação;
>
> e) os *direitos de família*, desde a sua constituição pelo casamento até as formas de extinção da "sociedade conjugal", as relações entre os cônjuges, ascendentes e descendentes etc.;
>
> f) os *direitos de sucessão*, que resultam da transferência de bens por força de herança. (2001, p. 338-339).

No ordenamento brasileiro, o direito Civil está codificado na Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

3.2. DIREITO COMERCIAL

Reale (2001, p. 336) relata que na antiga sociedade romana não existia a diferença entre o Direito Civil e Comercial, pois para eles todas as relações eram consideradas manifestação de ordem privada. O autor menciona que a divisão do direito privado em Civil e Comercial ocorreu na era medieval. O Direito Comercial tem com objetivo "a *atividade negociai* enquanto destinada a fins de natureza econômica, sendo essa atividade habitual e dirigida à produção de resultados patrimoniais" (REALE, 2001, p. 339-340).

No ordenamento brasileiro, o Direito Comercial estava previsto na Lei nº 556, de 25 de junho de 1850, porém com a entrada da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, foram revogados os artigos do Código Comercial, sendo acrescido no Código Civil um livro do direito empresarial (comercial).

4. DO DIREITO PÚBLICO

A relação do Estado com os particulares é verificada no Direito Público. Esses ramos são divididos em várias categorias, como exemplo o Direito Constitucional, Administrativo, Processual (penal e civil), Penal, Trabalho, Financeiro e Tributário.

4.1. DIREITO CONSTITUCIONAL

Reale (2001, p. 322) define Direito Constitucional como Direito Primordial, condicionando os outros ramos jurídicos a sua gênese, ou seja, todas as leis e o Código devem estar em consonância com a natureza constitucional. O Direito Constitucional tem com objetivo definir a estrutura e a organização do Estado, determinando seus limites e defesa dos direitos fundamentais dos indivíduos. O Direito Constitucional tem por objeto o sistema de regras referente à organização do Estado, no tocante à distribuição das esferas de competência do poder político, assim como no concernente aos direitos fundamentais dos indivíduos para com o Estado, ou como membros da comunidade política (REALE, 2001, p. 322).

No ordenamento brasileiro, verifica-se a manifestação do Direito Constitucional na Constituição de 1998.

4.2. DIREITO ADMINISTRATIVO

Direito Administrativo é o ramo do direito público que estuda os ordenamentos jurídicos da administração pública, sua organização e atividade estatal. Meirelles define o Direito Administrativo como "conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e a atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins pelo Estado" (2004, p. 40).

Diferentemente do Direito Constitucional, o direito administrativo brasileiro não está codificado em um único documento, podendo ser visto em leis esparsas, como por exemplo, a Lei nº 8.666/93, que rege licitações e contratos da Administração Pública.

4.3. DIREITO PROCESSUAL

Reale define o Direito Processual como "o sistema de princípios e regras, mediante os quais se obtém e se realiza a prestação jurisdicional do Estado necessária à solução dos conflitos de interesses surgidos entre particulares, ou entre estes e o próprio Estado" (2001, p. 325-326).

O Direito Processual se divide em Processo Civil e Processo Penal. Reale (2001, p. 326) diz que o processo civil está destinado à solução dos conflitos que aparecem nas manifestações das atividades particulares. Já o direito penal seria quando o Estado revolve as lides ocorridas em razão de infrações penal.

No ordenamento brasileiro, o direito processual civil está materializado no Código Civil, e o direito processual penal está regulamentado no Código Processual Penal.

4.4. DIREITO PENAL

O Direito Penal, muitas vezes chamado de Direito Criminal, estuda a aplicação do crime, ou seja, define os atos repugnados pela sociedade, dando sos Estados poderes para prevê-lo e combatê-lo. Reale alega que:

> Pode-se mesmo dizer que é da natureza do Direito essa possibilidade de infração, a qual, quando se reveste de gravidade, por atentar a valores considerados necessários à ordem social, provoca uma reação por parte do Poder Público, que prevê *sanções penais* aos transgressores. Há mesmo quem afirme, com manifesto exagero, que todo Direito seria, em última análise, de natureza penal. (2001, p. 326).

No Brasil, o Direito Penal está previsto no Código Penal Brasileiro.

4.5. DIREITO DO TRABALHO

O Direito do Trabalho estuda a relação jurídica entre o trabalhador e o empregado. Uma ciência muito específica, pois nela se verifica quais são os direitos do empregado, como e quando ele pode ser exigido. Apesar de reger a ligação entre o trabalhador e seu patrão, essa ciência protege o empregado, havendo muitos deveres para o empregador. Sobre o Direito do Trabalho, mesmo considerado no ramo do Direito Público, Reale afirma:

> O Direito do Trabalho é considerado por certos autores de natureza mista, como um Direito *sui generis*, um pouco *privado* e um pouco *público*. Não vemos como aceitar essa caracterização. A distinção entre Direito Público e Direito Privado não comporta um terceiro gênero. *Tertius non datur* (2001, p. 329).

O Direito Trabalho, no ordenamento brasileiro, está codificado na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Nesta se verifica a nítida separação do direito material, ou seja, explica o trabalho, trabalhador, empregado e todas as ações que se originam nesta relação, e ainda se verificam a parte processual trabalhista e seus procedimentos.

4.6. DIREITO FINANCEIRO

Esse ramo do Direito Público estuda a entrada e a saída do dinheiro nos cofres públicos, com o objetivo de sanar as pertinências da coletividade. Em relação a isso Reale afirma que o Direito Financeiro é uma disciplina jurídica que tem por objeto toda a atividade do Estado no con-

cernente à *forma de realização da receita* e *despesa* necessárias à execução de seus fins (2001, p. 334).

4.7. DIREITO TRIBUTÁRIO

O Direito Tributário é o ramo do Direito Público que estuda o poder do Estado em cobrar impostos de seus subordinados. Sua origem vem do Direito Financeiro, pois na medida em que a cobrança de tributos pelo Estado se complexificou, passou a ser uma ciência própria. Isso pode ser verificado na afirmação de Reale:

> Embora naturalmente vinculado ao Direito Financeiro, desenvolve-se o *Direito Tributário*, que se refere, mais propriamente, às relações entre o Fisco e os contribuintes, tendo como objeto primordial o campo das receitas de caráter compulsório, isto é, as relativas à imposição, fiscalização e arrecadação de impostos, taxas e contribuições, determinando- se, de maneira complementar, os poderes do Estado e a situação subjetiva dos contribuintes, como complexo de direitos e deveres (2001, p. 335).

Ainda, Machado (2014, p. 51) conceitua-o como:

> O ramo do direito que se ocupa das relações entre o fisco e as pessoas sujeita a imposições tributarias de qualquer espécie, limitando o poder de tributar e protegendo o cidadão contra os abusos desse poder.

Amaro comenta que "atualmente, está consagrada no Brasil a denominação Direito Tributário para designar a disciplina jurídica dos tributos" (2014, p. 27). Verifica-se que todos os conceitos acima relacionam o Direito Tributário com imposição dos tributos face às pessoas. O que é tributo?

5. TRIBUTO

"A instituição do tributo é sempre feita mediante lei" (MACHADO, 2014, p. 49). A Lei nº 5.172/1966, que estabeleceu o Código Tributário Nacional (CTN), no art. 3º, define o que é tributo, *verbis*:

> Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Só com a definição legal se verifica que o tributo deve ser pago em pecúnia, ou seja, em dinheiro ou qualquer coisa que possa transformá-lo em espécie, e realizado de maneira compulsória, ou seja, as pessoas são obrigadas a pagar. Não é uma sanção de ato ilícito. Só pode ser exigido por lei e ser cobrado por entidade administrativa.

Em relação ao conceito legal do tributo, Amaro (2014, p. 41-47) critica sua definição, pois no seu entendimento deveria a doutrina definir o que seria tributo, é não a lei. Ainda, a existência de uma redundância na expressão "toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir", pois dá a entender que seja em dinheiro ou coisa que se torna dinheiro, ou seja, traz uma grande redundância. Além de outros argumentos da lei mal redigida e mal elaborada.

Para Amaro, o tributo é "A prestação pecuniária não sancionaria de ato ilícito, instituída em lei e devida ao Estado ou entidade não estatal de fins de interesse público. (2014, p. 47).

O artigo quinto do CTN traz os tipos de tributos, *verbis*: "Art. 5º Os tributos são impostos, taxas e contribuições de melhoria".

Com entrada da Constituição Federal de 1988, o rol dos tributos passou a ser assim:

> Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:
>
> I - impostos;
>
> II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;
>
> III - contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas
>
> Art. 148. A União, mediante lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios:

> I - para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência;
>
> II - no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, observado o disposto no art. 150, III, "b".
>
> Parágrafo único. A aplicação dos recursos provenientes de empréstimo compulsório será vinculada à despesa que fundamentou sua instituição.
>
> Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

Além da taxa, imposto e contribuição de melhoria passaram a ser inseridos no rol dos tributos. Em relação a isso, Neves (2012, p. 999) relata que a mudança de três para cinco é que a doutrina nacional e a jurisprudência pátria entendem que os empréstimos compulsórios e as contribuições sociais têm natureza de tributos, devendo ser inseridos neste rol. Independentemente dos tipos de tributos existentes no Brasil, o tributo nasce da lei, e ela vai definir que está obrigada a pagar a contribuição compulsória, fato gerador da obrigação.

Entende-se obrigação tributária como uma relação jurídica em virtude da qual o particular (sujeito passivo) tem o dever de prestar dinheiro ao Estado (sujeito ativo), ou de fazer, não fazer ou tolerar algo no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos; e o Estado tem o direito de constituir contra o particular um crédito (MACHADO, 2014, p. 125). Na obrigação, verifica-se a formação de dois polos, o ativo, sendo o Estado, e o passivo, tendo como representação o particular. O particular fica obrigado a pagar em pecúnia ao Estado, ou realizar, não realizar ou tolerar a arrecadação realizada pelo ente estatal.

Para melhor compreensão do que seja o fato gerador, pode-se comparar com o Direito Penal, ou seja, ao ler o art. 121 do CP, verifica-se o seguinte, *verbis*:

> Art. 121. Matar alguém:
>
> Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

No artigo está impondo-se o crime, ou seja, matar alguém; mas se uma pessoa realiza o fato acima, responderá pelo com seis a vinte anos de reclusão. Em miúdos, fato gerador é a "obrigação tributária, há de ser sempre considerado como fato" (MACHADO, 2014, p. 129), ou seja, o fato gerador está previsto em lei: se uma pessoa realizá-lo, pagará a tributação correspondente. Isso é visto no art. 114 do CTN, *verbis*:

> Art. 114. Fato gerador da obrigação principal é **a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência** (grifos nossos).

A lei define a situação necessária, a fim de que o polo ativo possa cobrar o tributo. Entretanto, se ocorre antes do nascimento do fato gerador e da obrigação, existe uma hipótese anterior e abstrata do acontecimento do fato dando força para criá-los, sendo chamada de hipótese de incidência. Machado define hipótese de incidência como sendo "situação necessária e suficiente ao nascimento da obrigação tributária" (2014, p. 131).

Machado (2014, p. 130-132) relata que se usa como sinônimo do fato gerador e hipótese de incidência, mas argumenta que é diferente a atribuição legal do fato e acontecimento do fato. A hipótese é simples previsão e descrição do fato. Já fato gerador é a concretização da hipótese de incidência, ou seja, foi materializado o fato já previsto. Ainda relata que não pode haver hipótese de incidência de fato ilícito, mas não impede a concretização do fato gerador do rendimento auferido de um ato ilícito.

Para explicar a citação acima mencionada, Machado (2014, p. 130-132) toma com exemplo que não se pode criar uma hipótese de incidência da pessoa do serviço dado por uma prostituta, mas nada impede que ela pague o imposto de renda caso passe do teto mínimo, ou seja, se ela for enquadrada no fato gerador do imposto de renda, mesmo que seja adquirida de forma ilícita, paga-se, pois não interessa de onde venha o dinheiro, o importante é que ela ficou enquadrada para pagar o tributo.

6. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA COMO OBRIGAÇÃO ABSTRATA

Para existir o tributo, é preciso haver a conjugação de fato gerador e descrição do obrigado passivo. Como exemplo, o imposto sobre a produção e a circulação.

Os arts. 46 e 50 demonstram que é o obrigado passivo e fato gerador, *verbis*:

> Art. 46. O imposto, de competência da União, sobre produtos industrializados tem como fato gerador:
>
> I - o seu desembaraço aduaneiro, quando de procedência estrangeira;
>
> II - a sua saída dos estabelecimentos a que se refere o parágrafo único do artigo 51;
>
> III - a sua arrematação, quando apreendido ou abandonado e levado a leilão.
>
> Art. 51. Contribuinte do imposto é:
>
> I - o importador ou quem a lei a ele equiparar;
>
> II - o industrial ou quem a lei a ele equiparar;
>
> III - o comerciante de produtos sujeitos ao imposto, que os forneça aos contribuintes definidos no inciso anterior;
>
> IV - o arrematante de produtos apreendidos ou abandonados, levados a leilão.

Tem com fato gerador contido nos incs. I II e II do art. 46 e como obrigado passivo, nos incisos I, II, III e IV do art. 51. Com isso, demonstra-se que se descrito o fato na lei, existirá abstratamente obrigação, mesmo que não exista a pessoa, já há o caso previsto.

Com debatido acima, a hipótese de incidência nasce antes do fato gerador, ou seja, aparece com sendo uma antecipação abstrata do fato gerador. Entretanto, só a hipótese de incidência gera, por si só, uma obrigação abstrata?

Mesmo tendo como sinônimo do fato gerador a hipótese de incidência, Machado (2014, p. 130-132) discorre sobrea a diferença entre eles, pois uma coisa é descrição do fato e outra coisa é o acontecimento. Ainda, relata que mesmo tendo a existência de várias hipóteses de incidência, não pode ela ser cobrada de um fato ilegal. Com tudo isso, para que a hipótese de incidência seja uma obrigação abstrata, para que ela vire um fato gerador e para que o fisco possa cobrar o agente passivo, é preciso que ela esteja prevista em lei e que seja enquadrada em uma atividade lícita.

Quando se fala em previsão de lei, precisa-se que ela esteja criada, ou seja, mesmo com a previsão legal da hipótese de incidência, é preciso a regulamentação de sua aplicabilidade e execução. Hipótese, por si só, não gera manda. Como exemplo, o tributo de grandes fortunas, previsto no inc. VII do art. 153 da CF/88, *verbis*:

> Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:
>
> I - importação de produtos estrangeiros;
>
> II - exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados;
>
> III - renda e proventos de qualquer natureza;
>
> IV - produtos industrializados;
>
> V - operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários;
>
> VI - propriedade territorial rural;
>
> VII - grandes fortunas, nos termos de lei complementar.

A CF/88 prevê a criação do imposto, mas não há ainda nenhum estatuto legal para definir sua aplicabilidade e execução. Então, só a hipótese no abstrato não gera a obrigação. Não se está falando que não exista hipótese de incidência gerando obrigação abstrata, mas que não se pode dizer que toda tese de formação de fato verificada em lei gera uma obrigação automaticamente, ficando ela inerte até que alguém realiza o fato oponível a ele.

Também, mesmo com a existência da lei que regularize sua aplicabilidade e execução, verifica-se que ele está sendo aplicado em um ato ilícito. Como exemplo, uma pessoa capaz civilmente que "trabalha" com a venda

de droga, pois em tese deveria se cobrado o serviço prestado, ou seja, a venda. Entretanto, seria ilícita sua imposição, pois se enquadraria a *contrario sensu*, na validade do negócio jurídico previsto no art. 104 do CC, *verbis*:

> Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:
>
> I - agente capaz;
>
> II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;
>
> III - forma prescrita ou não defesa em lei.

No caso em tela, não seria válida a hipótese de incidência, pois seria aplicada sobre um objeto ilícito, contrariando o inc. II do art. 104. Entretanto, não impede de ser cobrado o imposto de renda, pois a lei só incide sobre a quantidade que a pessoa adquiriu, e não como conseguiu.

Então, nem toda hipótese de incidência descrita em lei poderá gerar uma obrigação abstrata; para que consiga, é preciso haver um dispositivo legal que determine sua aplicação e execução. Ainda, mesmo que exista esse diploma legal, o objeto que incide nessa hipótese tem que ser legal, ou seja, tem que preencher o estatuto previsto no art. 104 do CC. Faltando qualquer inciso, a geração da hipótese e, consequentemente, a obrigação do contribuinte, paga o tributo e se torna inválido.

7. CONSIDERAÇÃO FINAL

A hipótese de incidência é um fato que nasce antes do fato gerador, previsto em lei, que em tese cria com seu aparecimento uma obrigação abstrata; quando um particular realiza a conduta prevista por ela, ficará obrigado a pagar o tributo. Não se pode falar, entretanto, que toda hipótese de incidência levará, por si só, à criação de uma obrigação. Para isso ocorrer, deverá verificar se mesmo tendo sua previsão legal, deve haver uma norma jurídica para que possa regulamentar sua aplicabilidade e execução, pois mesmo já preestabelecido que o fato natural deverá o agente passivo, não valerá nada se o fisco não teve amparo legal para "solicitar" sua cobrança. Como exemplo, foi dada a possibilidade de cobrança do tributo de grandes fortunas, mas deve haver a previsão lei de sua imposição. No entanto, até hoje não existe a lei regularizando sua aplicabilidade e execução.

Ainda, mesmo tendo criado a lei que possibilita o "requerimento" do tributo, não pode ser imposto sobre uma atividade ilícita. Assim, mesmo existindo a hipótese de incidência, sendo regulamentada, quando incorre na violação do art. 104 do CC, não deve/pode ser cobrada. Como exemplo, uma pessoa que vive da venda de drogas, que, em tese, por ser uma venda deveria ser cobrado o tributo correspondente ao negócio jurídico. Entretanto, o tráfico de drogas é ilegal, ou seja, é ilícito seu oferecimento ao público, e com isso seria ilícita a cobrança de qualquer tributo sobre a disposição dela.

Mesmo sendo ilícita a cobrança sobre o tráfico de drogas, nada impede que o traficante pague, caso se enquadre na hipótese de incidência, o imposto de renda, visto o que se refere a este tributo é o potencial de ganho, não se importando como o conseguiu.

Conclui-se que, em tese, a hipótese de incidência gera obrigação abstrata, mas há necessidade que seja regulamenta sua aplicabilidade e execução, pois só a letra morta da lei, por si só, não obriga nenhuma pessoa a pagar qualquer tributo. E ainda, ela deve ser cobrada em cima de um fato lícito, visto que se for imposta em um ato ilícito, não terá força de se exigir do agente passivo seu pagamento.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro.** 20ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Constituição Federal da República do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 5 out. 1988.

_____. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Diário Oficial da União**, 31 dez. 1940.

_____. **Institui o Código Civil.** Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial da União**, 11 jan. 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 1998.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** 25ª Edição. São Paulo: Sariava,2001.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário.** São Paulo: Malheiros, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 29ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2004.

NEVES, Gustavo Bregalda. **Vadem Mecum Esquematizado.** 3ª Edição. São Paulo: Rideel, 2012.

A INSTITUIÇÃO DO PORTAL NACIONAL DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS E A PUBLICIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS NA LEI Nº 14.133, DE 1º DE ABRIL DE 2021

Joelma Rayane Dantas[43]

INTRODUÇÃO

O artigo 37, *caput* da Constituição da República Federativa do Brasil, estabelece os princípios norteadores da Administração Pública utilizados como parâmetro da atuação do Poder Público em critérios consagrados em âmbito doutrinário e jurisprudencial. Entre tantos, percebe-se o princípio da publicidade como ferramenta de transparência dos atos administrativos, transcrevendo a necessidade de divulgação de informações aos administrados na forma de prestação de contas dos atos e contratos celebrados com a administração e, inclusive, em relação aos particulares que exercem atividades delegadas pelo Poder Público.

Em observância a este princípio e considerando a necessidade de efetivar a publicidade na administração, a Lei nº 14.133 sancionada em 1º de abril de 2021, estabelece as novas diretrizes gerais para licitações e contratos na administração pública. A nova lei de licitações prevê, entre

43 Graduada em Direito pela Universidade Potiguar. Pós-Graduanda lato sensu em Direito Público pela Faculdade Legale. Advogada.

outras inovações, a criação do Portal Nacional de Contratações Públicas – PNCP em sítio eletrônico oficial visando a divulgação centralizada dos atos estabelecidos no artigo 174 do referido diploma legal, sob a gerência do comitê de composição interfederativa, composto por representantes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

A implementação do Portal Nacional de Contratações Públicas abrange a publicidade dos atos oficiais, possibilitando o compartilhamento das informações referentes aos contratos e processos licitatórios em relação a sociedade e aos licitantes interessados. Além das questões principiológicas, a gestão e atualização do PNCP pressupõe a atuação administrativa segundo critérios de segurança jurídica, uma vez que os dados referentes as contratações são disponibilizadas de maneira acessível aos cidadãos, aos licitantes interessados e aos órgãos de controle administrativo e judicial.

A inovação percebida através da implementação do PNCP possibilita a adoção da ferramenta de centralização de informações públicas em sítio eletrônico oficial capaz de alcançar uma quantidade considerável de cidadãos. O uso efetivo do portal pelos entes federativos facilitará a divulgação dos editais de licitação disponíveis, uma vez que os dados estarão disponibilizados de modo a facilitar o acesso de forma eletrônica e sem necessidade de deslocamento até determinada repartição pública responsável pelo fornecimento das referidas informações, caracterizando maior efetividade do princípio da publicidade e da transparência administrativa.

O desenvolvimento do presente artigo terá como método fundamental uma abordagem qualitativa e exploratória articulada ao direito administrativo, consistindo especialmente na revisão de literatura e análise bibliográfica em acervos físicos e eletrônicos para além do exame dogmático. Utilizar-se-á a legislação constitucional e infraconstitucional, além da análise prática de artigos, dissertações e teses acadêmicas publicadas em base de dados de revistas especializadas.

1. PUBLICIDADE NAS CONTRATAÇÕES

A publicidade é um dos fundamentos pelos quais se consagra a democracia, uma vez que é através da transparência que se traduz o encargo da prestação de contas pelo Poder Público. Apesar da relevância do art. 37, *caput* da Constituição Federal na descrição técnica dos princípios adminis-

trativos, a publicidade está prescrita de maneira sólida no art. 1º, parágrafo único da Lei Maior, pelo que "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição".

Nesse sentido, uma vez que a Constituição consagra a fonte dos poderes estabelecidos na República Federativa do Brasil, o exercício destes poderes pressupõe a delegação dos cidadãos ao Legislativo, Executivo e Judiciário que por sua vez assumem a responsabilidade de publicizar as informações a respeito do desempenho de suas funções.

Na perspectiva da função administrativa, o dever de publicidade estabelece as condições de divulgação dos atos estatais à coletividade, de sorte que não há que se falar em elemento formativo do ato, mas trata-se de requisito de moralidade e eficácia dos atos administrativos (MEIRELLES, 2004). De outro modo, o art. 5º XXXIII da Constituição Federal prevê a garantia do direito aos cidadãos em relação a obtenção de informações de interesse próprio, coletivo ou geral, ressalvadas aquelas cujo sigilo se mostre imprescindível à segurança nacional.

Atendendo as orientações constitucionais, o art. 5º da Lei nº 14.133 de 2021 estabelece a publicidade como um dos princípios basilares das contratações públicas, chancelando a relevância da transparência nos processos licitatórios de modo a auxiliar a lisura e moralidade nos contratos celebrados com a administração. Percebe-se, ainda, a descrição da flexibilização deste princípio no parágrafo único do art. 13 da nova lei de licitações, pelo que prevê a aplicação diferida da publicidade quanto ao conteúdo das propostas até a abertura dos respectivos envelopes e em relação ao orçamento estimado da contratação até o julgamento das propostas, exceto aos órgãos de controle. Destarte, vale destacar que os meios aderidos pelo Poder Público tendentes à efetivação do princípio da publicidade auxiliam o exercício do controle administrativo e judicial dos atos praticados pelos agentes públicos, consagrando a transparência como baliza importante para o desempenho da função administrativa e judicial.

Importante evidenciar que ao tratar da publicidade administrativa percebe-se a existência de associação intrínseca aos preceitos da transparência. No entanto, infere-se que tais princípios diferem em sua essência, uma vez que a publicidade se refere ao dever pelo qual as entidades públicas devem concretizar a plena divulgação dos atos que vierem a praticar,

de outro lado nem sempre essa exposição é exercida de maneira clara e transparente (CARVALHO, 2019, p. 6).

O acesso às informações a respeito das licitações e contratações públicas de maneira límpida aperfeiçoa a característica democrática do Estado de Direito, de sorte que propicia a participação dos cidadãos na análise e fiscalização dos certames, propiciando a atuação constante da sociedade nas atividades do Poder Público.

Não obstante, o princípio da publicidade não se limita à divulgação dos atos em sentido estrito. A análise contemporânea deste princípio ratifica a necessidade de adoção de mecanismos de divulgação transparente dos atos e contratos administrativos, viabilizando o acesso dos cidadãos ao conteúdo das relações entre o Poder Público e os particulares. Ressalte-se que as medidas de difusão de informações propiciam o exercício do controle pelos interessados e pelos órgãos legitimados na forma de impetração de remédios constitucionais, conforme verifica-se do manuseio frequente de mandados de segurança, ou no ajuizamento de ações anulatórias visando o desfazimento de atos reputados como ilegais.

Desse modo, a publicidade abrange a acessibilidade concreta das informações de maneira auferível, não se admitindo a disponibilização de dados omissos e/ou incompletos. Nesse contexto, as informações publicizadas deverão conter características do contrato que descrevam as questões relativas ao objeto, as partes do contrato, a motivação, os valores e a forma de contratação, observando dados relevantes inerentes a objeto ou serviço pactuado.

Pode-se inferir, ainda, a relevância da publicidade como meio de conferir efetividade aos demais princípios administrativos, uma vez que atribui compatibilidade com as demais normas constitucionais, especialmente quanto aos parâmetros de legalidade, moralidade e impessoalidade administrativa. Trata-se de ferramenta pela qual se assegura o princípio da isonomia, pois permite a fiscalização das licitações e a viabilidade da competição entre os licitantes. Assim, além das questões relacionadas a transparência no âmbito do acesso as informações pelos cidadãos e em sede de controle, o princípio da publicidade é considerado um desestímulo à prática de atos reprováveis, haja vista a amplitude da divulgação das condutas indevidas (JUSTEN FILHO, 2006).

Não se pode olvidar que as inovações tecnológicas são instrumentos aliados da transparência na administração. O avanço das divulgações em papel à rede mundial de computadores representa a efetividade na aplicação concreta deste princípio. Neste sentido, a disponibilização das informações referentes as contratações públicas de maneira *on-line* representam a necessidade de permanência definitiva dos dados sem que haja modificação ou remoção de forma injustificada, além de auxiliar o processo de atualização e fiscalização continuada (ARRUDA, 2020).

Em sendo assim, o Portal Nacional de Contratações Públicas torna aferível a transparência da gestão pública, assumindo, inclusive, o papel de ferramenta prática para o combate à corrupção, consignando o acesso as informações e documentos administrativos como direito fundamental típico do princípio da publicidade.

2. PORTAL NACIONAL DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

O Portal Nacional de Contratações Públicas é considerado uma das principais novidades da nova lei de licitações, inclusive por se tratar de nova ferramenta tecnológica que colabora com a prossecução do interesse público mediante a publicidade da atuação administrativa. Os dados disponíveis no PNCP observarão as exigências previstas na Lei nº 12.527/2011 – Lei de Acesso à Informação, na forma de dados abertos, com as devidas adequações a Lei Geral de Proteção de Dados.

Conforme prescrevem Matias e Duarte (2019), o manuseio das tecnologias de informação e comunicação nos procedimentos administrativos e nas ações governamentais assumem considerável importância na correção de certas deficiências do setor público. Entre os entraves da efetividade da Administração Pública, destacam-se a ineficácia, a ausência ou insuficiência de transparência e a majoração de custos de operação.

A relevância da transparência dos atos praticados pelo Poder Público ensejou a previsão da existência do PNCP com o objetivo de efetivar as previsões expressas na Constituição Federal de 1988 e nas respectivas legislações infraconstitucionais. Os dispositivos normativos que tratam da publicidade instituem direitos que assegura a todos, de forma indistinta, seja pessoa física ou jurídica e independente de justificativa prévia, o acesso

as informações dos órgãos públicos e das entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

As especificações previstas no art. 174, §2º da Lei nº 14.133 de 2021, estabelecem as informações que constarão no PNCP a respeito das contratações, entre as quais a existência de planos de contratações anuais, catálogos eletrônicos de participação, editais de credenciamento e de pré-qualificação, avisos de editais de licitações e contratação direta, atas de registro de preços, contratos e termos aditivos, bem como notas fiscais eletrônicas, quando houver.

Quanto às funcionalidades, o art. 174, §3º prescreve a instituição de sistema de registro cadastral unificado, painel para consulta de preços, banco de preços em saúde e acesso à base nacional de notas fiscais eletrônicas, sistema de planejamento e gerenciamento de contratações, sistema eletrônico para realização de sessões públicas, acesso ao Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas e ao Cadastro Nacional de Empresas Punidas.

O Portal também contará com o sistema de gestão compartilhada com a sociedade de informações referentes à execução do contrato que possibilite o envio, registro, armazenamento e divulgação de mensagens de texto ou imagens pelo interessado previamente identificado, acesso ao sistema informatizado de acompanhamento de obras, comunicação entre a população e representantes da administração e do contratado, divulgação de relatório final com informações sobre a consecução dos objetivos que tenham justificado a contratação e eventuais condutas a serem adotadas para o aprimoramento das atividades da Administração.

O art. 175 da nova lei de licitações prevê a possibilidade da instituição de sítios eletrônicos oficiais específicos por parte dos entes federativos com o objetivo de divulgação complementar e em relação as contratações pactuadas, desde que haja a respectiva integração com o Portal Nacional de Contratações Públicas. O referido artigo estipulou, também, a data limite de 31 de dezembro de 2023 para que os Municípios procedam a publicação complementar de suas contratações mediante divulgação do extrato de edital de licitação em jornal diário de grande circulação local.

O novo diploma legal prevê as regras de transição ao Portal, pelo que os Municípios com até vinte mil habitantes, ou seja, equivalente a 68% dos municípios brasileiros, terão prazo de até seis anos, a partir da pu-

blicação da lei, para cumprimento das exigências constantes no art. 176, entre as quais percebe-se a adoção de regras relativas à publicação em sítio eletrônico oficial. Nesse contexto, enquanto os municípios enquadrados nessa porcentagem não adotarem o PNCP, deverão proceder a publicação das informações destinadas a divulgação no sítio eletrônico oficial, em diário oficial, sendo admitidas a publicação do extrato. Deverão, ainda, disponibilizar os documentos físicos em suas repartições, sendo vedada a cobrança de valores relativos à disponibilização, exceto quando se tratar de taxas de fornecimento de edital e cópia de documento, que não poderá exceder ao custo específico da reprodução gráfica.

Destaca-se que a atualização do Portal Nacional de Contratações Públicas será anual, de modo que a administração poderá optar pela realização de licitações restritas aos fornecedores previamente cadastrados, observados os critérios estabelecidos na lei, os limites estabelecidos em regulamento e as condições determinadas. No que diz respeito ao cadastramento prévio, o projeto de lei estabelece ampla publicidade as informações necessárias ao procedimento.

Uma vez cumpridos os requisitos referentes ao cadastro estabelecidos em regulamento, os cadastrados receberão certificado de habilitação que atestam o direito à participação em futuros processos licitatórios. A publicidade conferida ao PNCP permite, ainda, que os cadastrados possam avaliar o cumprimento do contrato pelos vencedores.

Importante destacar que além das questões técnicas e das especificidades do Portal Nacional de Contratações Públicas, a implementação desta ferramenta possibilita a adesão a mecanismos de *rating*[44] como classificação de risco em relação aos licitantes, no intuito de aperfeiçoar a sistemática de contratação no Brasil. A reputação dos interessados em contratar com o Poder Público não deve ser usada como parâmetro único nos procedimentos licitatórios, mas reflete no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas – CEIS e no Cadastro Nacional de Empresas Punidas - CNEP como resultado contínuo da obtenção de informações específicas do contratado.

44 Trata-se da classificação de risco das empresas interessadas em celebrar contratos com a Administração Pública, de modo que a análise é feita com base na reputação das pessoas jurídicas em relação ao cumprimento do contrato e a qualidade do serviço prestado.

Neste sentido, a plataforma inovadora instituída pela nova lei de licitações permite a estruturação dinâmica de uma base de dados organizados pelos entes federados, como fruto das experiencias com os licitantes escolhidos. Essa inovação confere subsídio à Administração Pública, que poderá optar, obedecidos os demais requisitos do processo licitatório, pelo licitante que demonstre maior qualificação e melhor cumprimento do contrato, evitando, inclusive, a maximização nos custos transacionais e o problema frequente da seleção adversa,[45] aumentando, gradativamente, a competitividade entre os licitantes.

Outrossim, o Portal Nacional de Contratação não restringe o acesso somente a administração pública e aos licitantes, mas compreende a possibilidade de compartilhamento das informações aos cidadãos. A característica democrática do PNCP facilita a divulgação pela sociedade a respeito da execução do contrato, mediante o envio de imagens ou mensagens de texto e a comunicação entre os representantes do Poder Público, os contratados e a administração.

O grande responsável pela gestão, manutenção e operação do Portal Nacional de Contratações Públicas será um Comitê Gestor da Rede Nacional de Contratações Públicas. A presidência do referido comitê será indicada pelo Presidente da República e sua composição abrangerá representantes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios.

A expectativa dos resultados práticos em relação à implementação e às funcionalidades do PNCP se refere aos recursos tendentes a facilitar a consulta das informações por parte dos interessados. O parâmetro de comparação, qual seja, o Portal de Compras do Governo Federal, traduz obstáculos consideráveis na pesquisa dos dados de contratos e de licitações em andamento em razão da navegação pouco intuitiva. O avanço tecnológico e a descrição do PNCP no projeto de lei pressupõem o provimento de recursos adequados de divulgação e busca por informações efetivas e transparentes.

45 A seleção adversa ocorre em razão da ausência de coleta de informações em relação a parte contratada, de sorte que, no âmbito da Administração Pública, os produtos e serviços com qualidade reduzida são escolhidos em detrimento daqueles com qualidade superior em virtude da omissão destas informações relevantes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A nova lei de licitações introduz uma série de inovações no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no tocante às normas relativas ao Direito Administrativo. Entre essas novidades, tem-se a implementação do Portal Nacional de Contratações Públicas como ferramenta de concretude ao princípio da publicidade.

As peculiaridades intrínsecas aos contratos celebrados entre os particulares e a administração pública, antes inacessíveis de maneira prática, serão disponibilizadas através do PNCP sem qualquer ônus ao interessado. Isso porque a divulgação das informações referentes às licitações e ao andamento dos contratos administrativos estarão ao alcance de qualquer interessado mediante sítio oficial acessível na rede mundial de computadores.

Tais inovações asseguram aos cidadãos, licitantes e à própria administração pública, a efetividade do princípio da publicidade e a tomada de decisões que melhor atendam ao interesse público. Um dos fenômenos que corroboram esse resultado são os mecanismos de *rating,* que se apresentam na forma de análise da reputação das empresas contratadas, demonstrando os dados positivos e negativos a respeito do cumprimento ou do descumprimento contratual, consolidando a produção de informações empíricas que descendam ao aperfeiçoamento dos processos licitatórios.

A previsão da centralização de informações em um portal específico a respeito das contratações públicas propicia o exercício do controle da atividade administrativa por parte da sociedade e dos órgãos legitimados. O PNCP motiva também o princípio da competitividade entre os licitantes, uma vez que os editais publicados serão disponibilizados de forma ampla no portal. Assim, os fornecedores terão a possibilidade de efetuar o cadastramento e a consequente inscrição nos processos licitatórios de diversos entes federativos. Desse modo, possivelmente, o número de interessados em contratar com a administração pública será majorado, diversificando as opções do Poder Público e evidenciando a isonomia entre os licitantes.

A transparência conferida às licitações e contratações públicas também corrobora o enfraquecimento do sistema da seleção adversa. Tal prática é comum no âmbito dos contratos administrativos e se pauta especialmente

nas hipóteses em que a administração contrata sem ter acesso à inteireza das informações a respeito dos licitantes. Essa problemática será minimizada de forma considerável, uma vez que, conforme descrição supracitada nos mecanismos de *rating*, as empresas contratadas serão classificadas conforme o cumprimento do contrato, recebendo, inclusive, pontuações que denotam seu desempenho contratual.

Não se deve olvidar que o PNCP não se trata somente de um portal responsável pela centralização das informações relacionadas às contratações públicas, mas a nova lei de licitações prevê a possibilidade de implementação de sistema próprio destinado à realização de licitações de maneira eletrônica. De outro lado, a adoção dos procedimentos de licitações eletrônicas no portal não será obrigatória, restando possível aos entes federativos e aos órgãos da administração a permanência do uso de plataformas próprias para promover suas respectivas licitações. No entanto, o uso do Portal Nacional de Contratações Públicas como ferramenta de efetivação de licitações eletrônicas abrange a conquista de potenciais licitantes, haja vista o alcance amplo da divulgação dos certames licitatórios.

Os resultados práticos da efetividade do PNCP simplificam a participação dos licitantes nos processos licitatórios e incentivam a instauração de procedimentos preferencialmente de maneira eletrônica. Esses atributos tendem a reduzir os custos operacionais de transação, haja vista a redução do uso de insumos necessários à produção e divulgação das informações de forma física. Pressupõe-se, portanto, que os documentos que compõem os processos licitatórios estarão guarnecidos e classificados de forma a evitar o extravio e deterioração dos dados relevantes.

Ademais, a materialidade do princípio da publicidade através do PNCP está condicionada ao funcionamento efetivo do portal. Isso porque a complexidade das informações disponibilizadas no portal deverá ser dotada de praticidade aos interessados de maneira indistinta. Por tais razões, almeja-se um sistema simples de pesquisa, provido de recursos de filtros de busca em relação ao objeto, ao contratado e ao órgão contratante capaz de conferir transparência às licitações e contratações públicas de maneira acessível e menos burocrática.

Destarte, a visibilidade é fator preponderante no esforço para inibir os vícios constantes no desenvolvimento das licitações e contra-

tações públicas. A reformulação de leis que preveem em seus textos a instituição de novas medidas de inovações tecnológicas colaboram com a administração pública na efetivação deste objetivo, uma vez que a tecnologia é ferramenta aliada a celeridade, transparência e economia nas contratações.

A necessidade de obstrução da prática corruptiva e dos entraves no acesso às informações instigou os legisladores na incorporação de mecanismos digitais na nova lei de licitações, de modo a associá-los aos processos licitatórios de maneira a difundir a distribuição e divulgação dos dados referentes às contratações. A transparência é, finalmente, o princípio efetivo no desempenho da publicidade administrativa, assumindo maiores possibilidades de confirmações mediante a instituição do Portal Nacional de Contratações Públicas, cujas informações veiculadas serão disponibilizadas de maneira clara e passível de compreensão.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, Carmen Silva Lima. **Transparência na administração pública para enfrentamento da Covid-19**. Jota, 24 mar. 2020. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/transparencia-na-administracao. Acesso em: 31 mar. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1998**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 27 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.133 de 2021**. **Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm#art193. Acesso em: 2 abr. 2021.

CARVALHO, Mariana Oliveira de. **Princípio da transparência no novo direito administrativo**. Disponível em: file:///DialnetPrincipioDaTransparenciaNoNovoDireitoAdministrativ-6167547.pdf. Acesso em: 31 mar. 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão (Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico)**. 4. Ed. 1. Reimpressão. São Paulo: Dialética, 2006, p. 98.

MATIAS, V. R. S.; DUARTE, M. B**. Análise da política pública de governo eletrônico na Região Metropolitana de Belo Horizonte-MG**. Disponível em: https://www.brazilianjournals.com/index.php/BRJD/article/view/5771/5206. Acesso em: 31 mar. 2020.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29. Ed. São Paulo, Malheiros, 2004, p. 93.

A LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO: UMA BREVE ANÁLISE À LUZ DO PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA

Thaís Fonseca Rebouças

INTRODUÇÃO

A Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011) foi sancionada em 18 de novembro de 2011 e procura tutelar e aplicar o princípio da transparência, visto que os entes públicos possuem a obrigação de fornecer todas as informações necessárias de interesse geral e particular, a fim de proporcionar transparência e publicidade aos atos públicos. A referida legislação visa regulamentar o direito constitucional de acesso às informações públicas aos cidadãos, atendendo ao princípio da transparência e tornando público todos os atos da Administração Pública.

Verifica-se, contudo, que o princípio da transparência estabelecido e resguardado pela Constituição Federal de 1988 não tem sido respeitado em sua totalidade, pois existe dificuldade em colocar a LAI em prática, tornando as informações ainda mais sigilosas por meio da negativa de solicitações feitas por todo tipo de público-alvo às autoridades responsáveis.

Dessa forma, o presente artigo parte da seguinte pergunta de pesquisa: a Lei de Acesso à Informação atende ao princípio da transparência assegurado pela Constituição Federal? A partir da pergunta noreadora, definiu-se como objetivo geral analisar a Lei de Acesso à Informação e sua conformidade com o princípio da transparência assegurado pela Constituição Federal. Em sua metodologia, a pesquisa pode ser classifi-

cada como descritiva dedutiva. Utilizou-se a revisão bibliográfica (livros e artigos científicos) com posicionamentos doutrinários clássicos e atuais descrevendo o princípio da transparência, análise documental a partir de decisões judiciais e legislação aplicável.

A iniciativa deste estudo se justifica, pois possui impactos nos âmbitos político, cultural, econômico e jurídico, tendo em vista que principal objetivo da lei é regulamentar o direito constitucional de acesso às informações públicas aos cidadãos, atendendo ao princípio da transparência e tornando público todos os atos da Administração Pública. Dentro do aspecto cultural, a Lei de Acesso à informação rompe com a cultura do sigilo construída por meio de uma herança histórica onde os atos públicos constituíam em "segredos de Estado", deixando de serem publicados pelo governo.

Em relação ao aspecto político, se fortalece a democracia através da transparência e verificação de informações por meio da sociedade e órgãos de fiscalização, pelo qual este exercício permite maior responsabilização dos gestores públicos e políticos sobre seus atos. O aspecto econômico existente torna-se relevante para o controle financeiro do governo que sob a ótica de fiscalização dos entes federativos que pode ser acompanhado mais de perto com repercussão na diminuição e controle de gastos do estado, por meio da fiscalização dos recursos públicos, ou seja, como eles estão sendo aplicados e distribuídos pela Administração Pública através dos pedidos feitos pelos cidadãos autorizados por esta lei.

Tratando-se do aspecto jurídico, é possível assegurar o direito à informação como direito fundamental previsto na Constituição e amparado pela LAI, através do princípio da transparência, corolário da Democracia, promovendo maior segurança jurídica, confiabilidade das informações e acesso aos atos públicos, principalmente na esfera orçamentária combatendo a corrupção na sociedade.

Este trabalho apresenta o contexto histórico e social da evolução do direito de acesso à informação com constatações fáticas e normativas até os dias atuais. Discorre-se sobre o princípio da transparência à luz da Constituição de 1988, trazendo posicionamentos doutrinários, bem como trata a contribuição da LAI para a construção do Estado Democrático de Direito e para sua efetividade na aplicação da lei.

Portanto, através dos resultados foi possível perceber que muito embora a LAI assegure o direito material da transparência formalmente como

instrumento normativo, ela ainda não é devidamente aplicada pelos poderes legislativo, judiciário e executivo mostrando inclusive uma queda dos pedidos de acesso à informação nos últimos anos em relação aos anos anteriores, evidenciando a necessidade da fiscalização e fomento da cultura da transparência no país.

1. A EVOLUÇÃO DO DIREITO DE ACESSO À INFORMAÇÃO: PRINCIPAIS MARCOS HISTÓRICOS E STATUS CONSTITUCIONAL

O Estado passou por diversas transformações ao longo do tempo no campo informacional. Até o período absolutista, imperava a cultura de sigilo imposta pelo Estado que preservava as informações públicas como segredo de Estado. A partir do Estado Moderno começa a ocorrer uma maior clareza e abertura informacional.

Durante o Absolutismo, entre os séculos XVI e XVIII, o Estado se confundia com a figura e a vontade do soberano. O Monarca se utilizava de sua legitimidade para impor sua vontade a todos os cidadãos, já que suas ordens estavam acima do ordenamento jurídico posto e não se submetiam a nenhum tipo de julgamento (DIAS, CAMPOS; 2015). Assim, o soberano se utilizava de sua autoridade para impedir que as informações circulassem livremente na sociedade obtendo acesso privilegiado a elas (LIMA; CORDEIRO; GOMES, 2014).

A transformação da Monarquia Absolutista para o Estado Moderno possuiu como característica central a limitação do exercício do poder de forma arbitrária e abusiva nas mãos do Rei, trazendo a necessidade de limitar o poder nas mãos do soberano, visto que o Monarca mantinha sob sua égide a proteção das leis e a concentração dos três poderes em suas mãos de forma ilimitada (DIAS; CAMPOS, 2015).

Com o surgimento do Estado Moderno e a instituição do Estado de Direito, os atos da Administração Pública, passaram a ser vinculados à lei. Baseando-se em uma vinculação positiva dentro de uma máxima em que "só é permitido fazer o que a lei autoriza". Assim, observou-se maior respeito e soberania das leis. Os interesses pessoais do soberano foram substituídos pelo interesse público vinculado por lei. Ocorreu, a separação entre o interesse público e o interesse privado e maior autonomia entre o Direito Civil e o Direito Administrativo que passou a ter princípios

específicos e autônomos (DIAS; CAMPOS, 2015). O Estado passou a ser descentralizado e as funções estatais foram desconcentradas. O governo passou a ser estruturado dentro dos parâmetros do princípio da legalidade e da separação de poderes. Assim, o poder do soberano ficou limitado diante de suas atribuições, mediante mecanismos de freios e contrapesos ("check and balances") (DIAS; CAMPOS, 2015).

A Revolução Francesa foi o primeiro movimento do Estado Moderno que reconheceu e positivou o Direito à Informação Pública como direito humano e fundamental depois das iniciativas pretéritas de outros países. A Lei começou a prescrever de forma explícita o direito à informação em cartas políticas. Assim, o reconhecimento do Acesso à Informação Pública como direito do cidadão passou a ser previsto primeiramente pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão criado em 1789, na França, durante a Revolução Francesa em que a carta política rompeu com paradigmas antigos e estabeleceu limites ao poder do Estado.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) previu no art.15 o direito de prestar contas sobre os atos praticados pela Administração Pública a fim de legitimar os atos públicos (FRANÇA, 1789). O tratado internacional reconheceu o cidadão como sujeito de direito e coparticipante desse processo, conforme disposto: "A sociedade tem o direito de pedir conta a todo agente público de sua administração" (FIORAVANTI, 1996, p. 141).

O Brasil viveu um período de censura e repressão durante a Ditadura do Estado Novo (1937-1945) com a suspensão das garantias e direitos constitucionais que representou atraso nas conquistas pela sociedade civil. (SARLET; MOLINARO, 2016) Todavia, o retrocesso desse período motivou as sucessivas mudanças futuras na transição do Estado Ditatorial para o Estado Democrático de Direito que passou a garantir o respeito aos direitos e garantias fundamentais. Posteriormente, com o aparecimento do Estado Pós-Moderno, a ideia de Estado liberal pautada em uma igualdade formal mostra-se superada por uma nova concepção. A sociedade passa a clamar também por uma igualdade material pautada na concretização dos direitos sociais.

Surge, assim, a ideia de um Estado que se propõe a efetivar os direitos e garantias sociais superando o individualismo, patrimonialismo e clientelismo antes sustentado pelo interesse dos antigos governantes e atualmente

substituído pela socialização dos bens e interesses públicos. Para isso, mostra-se necessário a atuação da Justiça na prestação dos serviços públicos a fim de concretizar e garantir os direitos sociais (DIAS; CAMPOS, 2015).

O Estado de Direito passou a incorporar duas premissas: o reconhecimento dos direitos fundamentais que possui como princípio basilar e prioritário o princípio da dignidade da pessoa humana e a participação democrática do cidadão na elaboração e efetivação dos direitos coletivos (DIAS; CAMPOS, 2015).

Destarte, cabe evidenciar os frequentes equívocos conceituais existentes entre interesse público e interesse privado, o qual se costuma separar a "parte" (interesse particular) do "todo" (interesse público). Dentro de um Estado Democrático de Direito, é imprescindível, salientar que ambos caminham juntos, tornando-se impossível e desnecessária sua separação, já que o interesse público nada mais é do que expressão da vontade particular de forma coletiva (MELLO, 2010).

Os atos do Estado começam a ser pautados pela confiança e boa-fé. Os gestores públicos passam a ter como compromisso os atos vinculados à legalidade e aos princípios, deixando de satisfazer apenas os interesses e conveniências do aparelho estatal, regendo-se pela motivação, impessoalidade, eficiência, razoabilidade e proporcionalidade.

O princípio da publicidade foi elevado a status constitucional como princípio fundamental juntamente aos demais supracitados. Considerado um dos pilares do sistema democrático, o princípio da publicidade surgiu para obrigar o Estado a publicar e registrar os seus atos públicos de forma transparente e frequente ao cidadão. Desse modo, os atos públicos passaram a ser documentados em arquivos públicos deixando de serem segredos políticos de Estado.

O gerenciamento de informações passou por um ciclo informacional com a redemocratização do país. O direito à informação entrou em confronto com a privacidade, principalmente porque a ditadura militar foi um período de muita censura responsável pela perda de muitas informações de valor afetivo e histórico representado pela supressão dos interesses civis (JARDIM, 1999).

O direito à memória surgiu como representação do amplo direito ao conhecimento e à exposição dos fatos que ocorreram no período da ditadura. O Estado reconheceu o direito de revelar os acontecimentos passa-

dos como forma de democratizar a história do país e junto a isso reconheceu a busca pelo direito à verdade. Diante disso, o direito à memória foi um instrumento de materializar o passado, torná-lo aberto e democrático, não perdê-lo com o tempo e fortalecer a identidade nacional pela história de seu povo que deve possuir o direito de conhecê-la (PIRES JÚNIOR, 2014).

De forma progressiva, o Estado passou da opacidade para a transparência. O século XXI foi marcado pelo planejamento participativo do cidadão na sociedade e pelas políticas informacionais, tornando o Estado visível para a sociedade civil. Desta forma, adotou-se a informação arquivista como instrumento de superar a fragilidade diante da incapacidade do Estado de conhecer a si mesmo e de proporcionar o conhecimento e a ciência sobre seus atos superando a noção de invisibilidade do Estado (REGULES, 2015).

O Arquivo Nacional foi a primeira política arquivista de informação aderida pelo Brasil. Possuiu como objetivo guardar os documentos de valor "histórico". Entretanto, neste primeiro momento as informações ainda eram periféricas, separadas e não acumulavam informações qualitativa e quantitativamente suficientes (JARDIM, 1999). Os arquivos armazenavam apenas documentos históricos de valor definitivo, mas as informações temporárias da Administração Pública se perdiam com o tempo. Dessa forma, as informações ficavam dispersas sob a gestão de interesses subjetivos e privados perante a conveniência e os interesses pessoais e políticos que existiam (JARDIM, 1999).

Com o decorrer do tempo, a cadeia informacional sofreu uma transição em função da forma de armazenamento das informações. No período da ditadura prevalecia a opacidade e o sigilo informacional do Estado. Posteriormente, o controle das informações públicas feita pelo Estado, foi substituído pelo controle social do cidadão em relação aos atos e documentos públicos prevalecendo a transparência e o acesso à informação.

No marco da democratização do Brasil, o debate sobre os limites entre acesso à informação pública e privacidade foi ampliado. A Constituição Federal de 1988 passou a retratar fielmente o direito de acesso à informação, reconhecendo primeiramente o direito à liberdade de expressão e o direito à informação para só depois o direito de acesso à informação pública ser conquistado.

O direito de acesso à informação pública deriva do direito à informação, mas são diferentes. Ambos possuem natureza jurídica diversa com pretensões jurídicas distintas. De forma objetiva, o segundo direito supramencionado possui função normativa específica em assegurar o acesso às informações públicas constantes dos registros do Estado pelo cidadão, enquanto o primeiro se mostra mais amplo e generalista quanto ao direito de manifestação de pensamento e liberdade individual.

Assim, é possível observar que de forma gradativa o acesso à informação foi elevado a status constitucional por sua importância como instrumento de cidadania e participação democrática (DIAS; CAMPOS, 2015). Portanto, a participação política e o controle social do Estado mostraram-se indispensáveis para romper com o sigilo e incorporar a transparência como princípio constitucional e política de estado.

2. O PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

O direito de Acesso à Informação foi previsto tardiamente no Brasil. Dentro de uma trajetória constitucional, o caminho foi longo e árduo até se reconhecer este como direito positivado dentro da Constituição do país.

O Direito Fundamental do Acesso à Informação, de forma ampla, foi positivado em inúmeros artigos da Constituição Federal de 1988 ganhando relevância jurídica e dimensão de direito fundamental contemplado no art. 5º, incisos IV, X, XII, XIV, XXXIII, XXXIV (alínea "b"), LX, LXXII; bem como no art. 37, §3°, inciso II; no art.93, inciso IX; no art.216, §2°, e no art. 220 e parágrafos. Além disso, o direito fundamental à informação é resguardado em outras situações por força normativa de cláusula aberta contido no §2° do mesmo art.5º, abarcando outros princípios e direitos consagrados em tratado de direitos humanos, ratificados pelo Brasil (SARLET; MOLINARO, 2016).

A transparência e o compartilhamento das informações ganham notoriedade. O Estado passa a se transfigurar a partir da adoção de políticas informacionais como forma de desburocratização, ele tende a utilizar meios alternativos de gestão documental, a fim de tornar o acesso mais eficiente e evitar a perda de informações (JARDIM, 1999).

Todavia, o Brasil foi um dos últimos países a regulamentar uma lei específica sobre o acesso à informação pública, mais precisamente o 90º país a promulgar a lei no mundo. A Lei só foi instituída 26 anos depois do retorno ao processo democrático, após quase dez anos de tramitação na Casa Legislativa Federal, tempo questionável quando se entende que a aplicação de políticas públicas é de grande importância para a democracia em qualquer país democrático, visto que quanto mais transparente é a relação entre Estado-Cidadão mais democrático ele se torna (MARTINS; REIS, 2014).

A Lei de Acesso à Informação (LAI) foi criada para materializar formalmente o Direito de Acesso à Informação Pública, previsto pela Constituição Federal de 1988. A lei infraconstitucional possuiu como objetivo principal assegurar o direito fundamental à informação pública devendo agir conforme os princípios básicos da administração pública (BRASIL, 2012).

A constitucionalização do direito administrativo dentro da LAI trouxe como pressupostos o respeito às diretrizes normativas contidas no art. 3º, do respectivo instrumento normativo entendidos como princípios do direito de acesso, entre eles o fomento da cultura da transparência previsto no inciso IV. Cabe evidenciar que a lei adotou como prática de execução a observância da publicidade como regra, e do sigilo como exceção (BRASIL, 2012).

A LAI trata ainda sobre os conceitos de transparência ativa e passiva (BRASIL, 2012). A Transparência Ativa refere-se ao dever do Estado de promover a divulgação de informações de interesse coletivo ou geral dos órgãos públicos, em sítios eletrônicos, independentemente de requerimento anterior, conforme dispõem os arts. 7º e 8º da lei. Enquanto, a Transparência Passiva trata-se do direito do cidadão de pedir ou formular alguma solicitação em face dos órgãos públicos, regulamentando o direito de pedido de acesso à informação (BRASIL, 2012).

O princípio da participação pode ser observado pelo art. 37, §3° da CF/88, quando trata da participação do usuário do serviço público como titular de direito, oferecendo oferecer sugestões ou reclamações para a melhoria da prestação do serviço público a cargo do Estado. (BRASIL, 1988; REGULES, 2015). A informação deve ser imediata e gratuita, sendo paga apenas nas hipóteses de reprodução conforme o art. 12 da LAI

(BRASIL, 2012). Ademais, na vigência da Constituição de 1988, destacam-se a Controladoria Geral da União (CGU), supracitada, o Conselho de Transparência Pública e Combate à Corrupção (CTPCC), ambos criados pela Lei Federal nº 10.683, de 28 de maio de 2003, e o Tribunal de Contas da União (TCU) como importantes entes de fiscalização dos atos da Administração, também contribuindo para o aperfeiçoamento da LAI como instrumento de combate à corrupção (BRASIL, 2003; 2005).

A legislação citada atribuiu à CGU a competência para auxiliar o Presidente da República no desempenho de suas atribuições relativas à prevenção e ao combate à corrupção, bem como às atividades de ouvidoria e fomento da transparência no âmbito da Administração Pública.

O Conselho foi composto por representantes de vários órgãos, especialmente os Ministérios, Ministério Público, Tribunal de Contas, de forma paritária com a participação de determinadas entidades da sociedade civil como trata §2 do artigo 17 da referida lei, bem como representantes dos empregados e empregadores com impacto direto nas decisões políticas e edições normativas. Entretanto, com o tempo, observou o papel exclusivamente consultivo do referido Conselho (AUGUSTO; CANHADAS, 2018). Neste sentido, compreende-se a importância do princípio da transparência para o direito à boa administração pública, através da compreensão das atividades da Administração Pública sob o viés da interpretação da Lei nº 12.527/2011, à luz de uma interpretação constitucional que possua como finalidade a eficácia dos direitos fundamentais e a força vinculante da Constituição (BRASIL, 2012). Dentro desse entendimento, depreende-se a importância da Constitucionalização dos atos administrativos no que tange às obrigações normativas da Administração Pública e o conjunto de direitos específicos para concretizar o sentido constitucional da transparência (OHLWEILER, 2016).

Ressalta-se, portanto, a compreensão de que os direitos e garantias fundamentais possuem aplicação direta e imediata conforme dispõe o art.5º, §2° da CF/88, pois não dependem de atuação do poder legislativo para incidir no caso concreto, e muitas das vezes também fundamentam normas jurídicas individuais e situações concretas pautadas em sentenças e atos administrativos (BRASIL, 1988).

A compreensão hermenêutica dentro desse contexto é importante, já que atualmente se busca a interpretação deontológica do direito. Assim,

a interpretação da LAI deve ser feita à luz de uma interpretação valorativa sob a ótica do princípio da transparência, visto que não basta uma análise particularizada da lei, mas que ela esteja em consonância com os princípios constitucionais defendidos pela Constituição Federal, visando uma interpretação harmônica e que privilegie a transparência do Estado Democrático de Direito.

A LAI vem, portanto, aplicar e instrumentalizar o princípio da transparência, ou seja, dar condições formais para o seu exercício através da previsão normativa viabilizando a efetividade do princípio da transparência pela aplicação da lei, contribuindo para que exista uma interpretação vinculante do mandamento constitucional na aplicação das normas jurídicas com incidência sobre os atos públicos.

3. A CONTRIBUIÇÃO DA LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO PARA CONSTRUÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O princípio da transparência é visto como um alicerce do sistema jurídico. Administração Pública, a partir da Constituição Federal de 1988, passou a se pautar por princípios como a dignidade da pessoa humana, pela prevalência dos direitos humanos e publicidade. Nesse sentido, conforme o Ministro do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), Luís Roberto Barroso (2010), a incidência dos princípios constitucionais foi determinante para a constitucionalização do direito administrativo, visto que após a centralidade do princípio da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico, as relações entre Estado e cidadão foram alteradas, com a reformulação de paradigmas tradicionais.

De acordo com Sarlet (2001), a dignidade da pessoa humana não deve ser considerada um direito fundamental como os demais e em conflito com eles, mas sim como "elemento e medida dos direitos fundamentais." De forma complementar, Walter Claudius Rothenburg (2016) afirma que a Constituição Federal adotou a dignidade da pessoa humana como princípio basilar, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III) da CF/88, podendo estar presente em qualquer situação de conflito entre direitos fundamentais (BRASIL, 1988).

Deste modo, a Lei de Acesso à Informação limita a transparência às limitações constitucionais que violem direitos fundamentais, assim o ordenamento jurídico possui como supraprincípio, o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo esse fundamental e absoluto, hierarquicamente superior aos demais, devendo-lhe respeito à sua aplicabilidade no caso concreto protegendo os direitos individuais, a exemplo dos direitos da personalidade bem como os direitos inerentes a ele como a honra, a intimidade, a imagem e a privacidade resguardados e previstos constitucionalmente pelo artigo 5º, inciso X, da CF/88 (BRASIL,1988).

Ricardo Marcondes Martins (2015, p.115) afirma que: "mesmo quando não consta cláusula expressa, o legislador possui competência para, à luz da ponderação dos princípios constitucionais por ele efetuada no plano abstrato, fixar em lei restrições ao direito fundamental". Assim, é importante notar que a lei atua em consonância com dois princípios constitucionais básicos: a dignidade da pessoa humana e o interesse público. Portanto, não há Estado Democrático de Direito sem resguardar a dignidade da pessoa humana, mas também não existe Estado de Direito sem perseguir o interesse público (ZANCANER, 2015).

Muito embora hoje já exista a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), Lei nº 13.709 de 2018, que entrou em vigor neste ano de 2020, a fim de proteger os dados sensíveis do indivíduo que constantemente estão expostos na sociedade com a divulgação de informações de foro íntimo e pessoal, ela ainda é muito nova para avaliar os casos excepcionais de sigilo previstos pela LAI (BRASIL, 2018).

Conforme trata a Resolução nº 151 do CNJ (Conselho Nacional de Justiça), de 05 de Julho de 2012, que alterou o art.3º, inciso VI, da Resolução nº 102/2009, para tornar disponível em sítios eletrônicos na rede mundial de computadores do órgão do Judiciário, "as remunerações, diárias, indenizações e quaisquer outras verbas pagas aos membros da magistratura e dos servidores a qualquer título, colaboradores e colaboradores eventuais ou deles descontadas, com identificação nominal do beneficiário e da unidade na qual efetivamente presta os serviços" (CNJ, 2012).

Nesse sentido, no julgamento do Mandado de Injunção nº 284, o Supremo Tribunal Federal (STF), entendeu que ao privilegiar o sigilo e cultivá-lo de forma a institucionalizá-lo, seria o mesmo que ofender frontalmente o princípio democrático (DIAS; CAMPOS, 2015). De

acordo com a doutrina de Noberto Bobbio (1996, p.64): "não há, nos moldes políticos que consagram a democracia, espaço possível reservado ao mistério".

Segundo Dias e Campos (2015), quando houver colisão do acesso à informação com outras previsões constitucionais ou legais que lhe oponham ou restrinjam, o intérprete deverá ter ciência que a publicidade tem maior peso que o sigilo, e que o sigilo só prevalecerá no caso concreto se as justificativas forem plausíveis, excepcionalmente relevantes. Neste sentido, no julgamento do segundo Agravo Regimental na Suspensão de Segurança nº 3.902, da relatoria do Ministro Ayres Brito, antes mesmo da edição da Lei nº 12.527/2011, a LAI, o STF firmou entendimento de que não só é possível a divulgação da remuneração bruta dos servidores bem como dos cargos por ele titularizados, órgão de sua formal lotação, visto que tudo é constitutivo de interesse coletivo, expondo à divulgação oficial (DIAS; CAMPOS, 2015).

De acordo com Dias e Campos (2015), a regra é a publicidade, e não o sigilo. O princípio da publicidade, portanto, deve guiar os juízos de razoabilidade e proporcionalidade referente à aplicação da Lei nº 12.527/2011, apontando para decisão que prestigie a transparência.

De forma oposta, o STF também já se posicionou pela prevalência do sigilo diante de casos excepcionalmente relevantes que transgrediam direitos resguardados pela Constituição Federal (BRASIL, 1988). O ordenamento jurídico põe a salvo através de cláusula geral de proteção da personalidade a necessidade de máxima extensão de proteção aos dados pessoais (VIOLA; DONEDA, 2016). Entretanto, às negativas de informações devem os órgãos do Poder Judiciário e do Ministério Público informar ao CNJ e ao Conselho do Ministério Público Federal (MPF), respectivamente as decisões que, em grau de recurso, negarem acesso a informações de interesse público, conforme trata o §2°, do artigo 18 da LAI (BRASIL, 2012; PESSOA, 2015).

O acesso à informação e a transparência são pilares essenciais de um regime democrático, como decidido na ADPF nº 130 MC julgada pelo Relator Min. Carlos Britto no dia 27 de Fevereiro de 2008, sendo firmado posicionamento pelo STF demonstrando a importância da transparência para a democracia através da Constituição que deve se amparar nestes dois pilares: a) o da informação em plenitude e de máxima qualidade; b) o

da transparência ou visibilidade do Poder seja ele político, econômico ou religioso (DIAS; CAMPOS, 2015).

Assim, observa-se que a LAI contribuiu muito para a transparência na Administração Pública e na construção do Estado Democrático de Direito através da formalização do direito material da transparência, de forma a possibilitar maior controle da gestão pública pela sociedade, exercício democrático de acesso às informações públicas, maior planejamento participativo entre cidadão e Estado através da fiscalização dos atos públicos e gastos públicos do Estado possibilitando o avanço da cultura da transparência na Administração Pública.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora a Lei de Acesso à Informação (LAI) assegure, no seu texto, a importância da prática cultural da transparência administrativa, seu desenvolvimento e fomento por meio de capacitação e conscientização sobre o direito de acesso à informação, ela deixa algumas lacunas quanto aos recursos e meios para que a transparência seja institucionalizada possuindo ainda muitos desafios para seu avanço como prática a ser institucionalizada nos poderes públicos. Observou-se, com a descrição do princípio da transparência, que este possui sentido constitucionalmente mais amplo do que a prescrição contida na LAI, devendo o princípio da transparência ser integralmente aplicado aos atos públicos com incidência nos três poderes - Legislativo, Judiciário e Executivo - demonstrando a importância do papel dos órgãos de fiscalização como o Ministério Público em relação ao cumprimento da lei, e da CGU que se demonstra mais afastada das atividades fiscalizatórias do poder executivo federal.

Constata-se ainda como necessário o maior investimento do Estado com o auxílio da tecnologia para criar um sistema interno que fiscalize as negativas de pedidos de acesso às informações públicas e suas motivações específicas, os gastos públicos e as remunerações dos parlamentares que utilizem dentro do exercício profissional os recursos públicos disponibilizados pelo Estado, como no uso do cartão corporativo. É necessário, ainda, um órgão autônomo e específico de fiscalização à transparência dentro das práticas administrativas que identifique os obstáculos, sugira meios de melhorar a lei e combata os atos e decisões imotivadas, criando meios de

tornar as informações mais claras, acessíveis e compreensíveis a todo o tipo de público-alvo.

Observa-se, assim, a importância da participação da sociedade civil na conquista dos direitos civis sendo possível observar o valor da informação e da transparência como pilares do Estado Democrático de Direito como instrumentos regulatórios importantes dos gastos públicos, fomento à cultura da transparência nos órgãos públicos e meio de combate à corrupção pública fortalecendo a democracia.

Importante ressaltar, por fim, que a pesquisa merece prosseguimento visto que ela ainda precisa ser analisada com o passar do tempo de aplicação e vigência da lei. Sugere-se que sejam feitas outras análises de novas construções de interpretação constitucional sobre o princípio da transparência no Estado Democrático de Direito, assim como a discussão de outros dados novos e complementares buscando a instrumentalização da lei.

REFERÊNCIAS

AUGUSTO, F.; CANHADAS, M. **O Direito de Acesso à Informação Pública:** o Princípio da Transparência Administrativa. 1ª ed. Curitiba: Appris, 2018.

BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOBBIO, N. **El futuro da democracia**. 2ª ed.México: FCE, 1996, p. 64.

BRASIL. **Constituição Federal (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro. Acesso em: 30 maio 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991.Brasília. Presidente da República.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8159.htm.Acesso em: 18 out.2020.

BRASIL. **Lei Federal nº 10.683, de 28 de maio de 2003.** Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. Brasília, 2003. Disponível em: <L10.683impressao (planalto.gov.br)>. Acesso em: 12 nov. 2020

BRASIL. **Lei nº 11.204, de 5 de dezembro de 2005.** Altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/L11204.htm. Acesso em: 12 nov. 2020.

BRASIL. **Lei n° 12.527 de 18 de novembro de 2011**. Regulamenta o Acesso à Informação no Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12527.htm. Acesso em: 5 maio 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019). Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 26 out.2020.

BRASIL. **Resoluções nº 151 de 5 de julho de 2012**.Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/68. Acesso em: 27 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 130 MC, Rel. Min. Carlos Britto**. Tribunal Pleno. Julgado em: 27 fev.2008. DJe-211, 07 nov. 2008.Republicado no DJe-035,26 fev.2010. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur173527/false. Acesso em: 28 out.2020.

DIAS, J; CAMPOS, S. **Acesso à informação pública:** da cultura do sigilo rumo à política da transparência – a lei de acesso à informação e seus princípios estruturantes. Acesso à Informação pública. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 47-89.

FIORAVANTI, M. **Los derechos fundamentales:** apuntes de histórias de las contituciones. Madrid: Trotta, 1996.

FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. 26 de agosto de 1789. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-deapoio/legislacao/direitos. Acesso em: 5 maio 2020.

JARDIM, J.M. **Transparência e opacidade do Estado no Brasil:** usos e desusos da informação governamental. Rio de Janeiro: Editora da Universidade Federal Fluminense, 1999.

LIMA, M; CORDEIRO, H; GOMES, C. Antecedentes e perspectivas do direito à informação no Brasil: a Lei de Acesso à informação como marco divisor. In: MOURA, M.A. (Org.). **A construção do acesso à informação no Brasil: contexto, historicidade e repercussões**. Belo Horizonte: UFMG, 2014. p.47-69.

MARTINS, A. A; REIS, A. A informação pública como direito e acesso ao poder: a Lei 12.527 em debate. In: MOURA, M. A. (Org.). **A construção do acesso à informação no Brasil: Contexto, historicidade e repercussões**. Belo Horizonte: UFMG, 2014. p.153-172.

MARTINS, R. M. **Restrições do acesso à informação**. In: VALIM, R. MALHEIROS, A. C; BARICAÇA, J (*in memoriam*) (Coord.). Acesso à Informação pública. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p.111-133.

MELLO, A. B. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

OHLWEILER, L. A efetividade do acesso às informações administrativas e o direito à boa administração pública: questões hermenêuticas sobre a transparência na administração pública e a Lei nº 12.527/2011. In: SARLET, I.; MARTOS, J.; RUARO, R. (Coords.). **Acesso à informação público como direito fundamental e dever estatal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 27-52.

PESSOA, J. P. O procedimento de acesso à informação pública previsto na Lei nº12. 527/2011. In: VALIM, R; MALHEIROS, A. C.; BA-

RICAÇA, J. (*in memoriam*) (Coord.). **Acesso à informação pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 135-159.

PIRES JÚNIOR, P. A. Prefácio. In: MOURA, M. A. (Org.). **A construção social do acesso público à informação no Brasil:** contexto,historicidade e repercurssões.Belo Horizonte:Editora UFMG, 2014. p.13-17.

REGULES, L. E. P. A Lei nº 12.527/2011 e as entidades do terceiro setor. In: VALIM, R; MALHEIROS, A. C; BARICAÇA, J (*in memoriam*) (Coord.) **Acesso à Informação pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 91-109.

ROTHENBURG, W. C. Direitos de expressão e de informação: posição preferencial, biografias desautorizadas e esquecimento. In: SARLET, I.; MARTOS, J.; RUARO, R. (Coord.). **Acesso à informação público como direito fundamental e dever estatal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p.153-171.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, I.; MOLINARO, C. O direito à informação na ordem constitucional brasileira: breves apontamentos. In: SARLET, I.; MARTOS, J.; RUARO, R. (Coords.). **Acesso à informação público como direito fundamental e dever estatal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 11-27.

VIOLA, M.; DONEDO, D. Proteção de dados pessoais como limite ao acesso á informação e seu tratamento posterior. In: SARLET, I.; MARTOS, J.; RUARO, R. (Coords.). **Acesso à informação público como direito fundamental e dever estatal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

ZANCANER, W. **Lineamentos sobre a lei de acesso à informação**. In: VALIM, R.; MALHEIROS, A. C; BARICAÇA, J (*in memoriam*) (Coords.). **Acesso à Informação pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 25-34.

A REVITIMIZAÇÃO INSTITUCIONAL E O CASO MARIANA FERRER

Marina Avozani Munaretto[46]

INTRODUÇÃO

Conceber o direito como uma forma de poder significa dizer que ainda que o direito contenha normas jurídicas, estas são apenas uma parte do fenômeno jurídico, vez que a essência do direito reside no poder. Nesse sentido, sem o poder, as normas jurídicas tornam-se abstratas, pois não é um elemento externo, mas o elemento preponderante que concede realidade ao direito (FOUCAULT, 2014). Tendo isso em vista, a compreensão do direito enquanto manifestação de poder implica dizer que a criação e aplicação de normas não seriam possíveis sem o ato de poder antecedente, de forma a ampliar, consequentemente, as possibilidades de entendimento do fenômeno jurídico em razão dele ir além do legalismo e normativismo juspositivista.

O direito apresenta-se em relações concretas de poder, as quais são inseparáveis das ideologias que permeiam a sociedade. Também perpetua preconceitos e discriminações de gênero firmados no cotidiano sociocultural, que estão presentes de modo assíduo no (in)consciente dos indivíduos, sendo denominados como "mecanismo de sujeição e dominação", por Michel Foucault (2014). Dessa maneira, as concepções institucionalistas parecem compatíveis com o direito percebido como manifestação de poder. Assim, conforme Silvio Almeida (2019, p. 84), "se o direito é

46 Graduanda em Direito pela Universidade Estadual de Maringá.

produzido pelas instituições, as quais são resultantes das lutas pelo poder na sociedade, as leis são uma extensão do poder político do grupo que detém o poder institucional".

No âmbito do Poder Judiciário, o poder institucional permanece hegemônico, concentrado majoritariamente em figuras do sexo masculino, as quais representam 66,9% de todos os magistrados, conforme dados acerca da magistratura brasileira registrados por Vianna, Carvalho e Burgos (2019). Por conseguinte, de acordo com o estudo *Cenários de Gênero*, lançado pelo Conselho Nacional do Ministério Público, os quatro ramos do MP e as 27 unidades nos estados contam com 5.114 promotoras e procuradoras, e 7.897 promotores e procuradores. Trata-se, portanto, de 39% de mulheres e 61% de homens (BRASIL, 2018). Ante o exposto, verifica-se uma sobrerrepresentação masculina no Ministério Público e no Poder Judiciário, bem como em outras carreiras ligadas à Justiça, à segurança pública e ao sistema penal.

Haja vista o que foi dito, se o poder institucional compete, majoritariamente, a grupos formados especialmente por figuras do sexo masculino, pode-se dizer que as leis – sendo extensão do poder político destes grupos –, perpetuarão estereótipos difundidos na sociedade, notadamente na questão de gênero.

No tocante ao gênero, este pode ser percebido como um conceito sociopolítico válido para a análise das sociedades, bem como para detectar a realidade das mulheres. Tem-se, por certo, que ao determinar lugares aos homens e interditá-los às mulheres, a sociedade cria formas de exclusão que causam marcas profundas na cidadania feminina, cujos resultados aparentes apontam a desigualdade de representação legislativa em praticamente todos os espaços de decisão e poder, que vão desde o Judiciário, ao Executivo (CHAI, 2018).

Ademais, no que concerne à violência de gênero, observa-se que ela é mais uma maneira de manifestação da desigualdade de gênero, a qual decorre a partir de uma organização social que privilegia o masculino em detrimento ao feminino, tanto no âmbito público, como no privado (CHAI, 2018). E considerando o machismo naturalizado na sociedade, os estereótipos sobre gênero cultuados por um senso comum, assim como um poder institucional exercido majoritariamente por homens, consta-

ta-se a ocorrência de um processo denominado violência institucional, sobretudo em relação às mulheres vítimas de violência sexual.

Partindo dessas considerações, o texto que aqui se segue tem por objetivo conceituar e compreender a revitimização institucional no âmbito dos abusos praticados por operadores do direito frente a mulheres vítimas de violência sexual, tendo como caso basilar para tais propósitos, a violência praticada contra a jovem Mariana Ferrer e as repercussões desta.

Portanto, utilizando-se do método dedutivo de abordagem, forte em exploração qualitativa, e apoiando-se na técnica de pesquisa indireta (recorrendo ao aporte doutrinário, legislativo, jurisprudencial, dados estatísticos e notícias), perquire-se, como problema de investigação, de que maneira a revitimização institucional ocorre e quais as medidas adotadas para inibi-la.

1. A VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL COMO PRODUTO DO PATRIARCALISMO E DO ORDENAMENTO JURÍDICO

A fim de compreender a revitimização institucional como uma consequência do enraizamento do patriarcalismo, bem como da legislação que vigeu no passado, se faz necessário reconhecer a dominação masculina e sua influência nas legislações desqualificadoras da mulher.

De acordo com Pierre Bourdieu, sociólogo francês, por trás de toda violência de gênero encontra-se a dominação masculina. Nas palavras do autor, o termo que cunhou nome à sua obra, pode ser entendido da seguinte forma:

> Como homem ou mulher, no próprio objeto que nos esforçamos por apreender, incorporamos, sob a forma de esquemas inconscientes de percepção e de apreciação, as estruturas históricas da ordem masculina; arriscamo-nos, pois, a recorrer, para pensar a dominação masculina, a modos de pensamentos que são eles próprios produtos da dominação (BOURDIEU, 1998, p. 15).

Essa dominação manifesta-se a partir de pensamentos dicotômicos, isto é, a distinção biológica do corpo feminino e masculino. A dominação, uma vez imposta, permeia a sociedade e compõe a história de forma que

mesmo quando indagada, a carga histórica já se encontra entranhada no inconsciente dos indivíduos, sendo difícil, nesses moldes, racionalizar a dominação masculina conscientemente, livre de pensamentos impostos por ela mesma (BOURDIEU, 1998).

Como um dos resultados da dominação masculina, verifica-se que a legislação brasileira apresentou, por diversas vezes, forte influência do sistema social patriarcalista por meio de disposições no ordenamento jurídico claramente desqualificadoras dos direitos das mulheres, a provocar, desta feita, consequências nas instituições atuais e na postura dos operadores do direito.

Entende-se por patriarcalismo, de acordo com Barreto, que o mesmo pode ser definido como uma estrutura na qual se assentam todas as sociedades contemporâneas. Ademais:

> É caracterizado por uma autoridade imposta institucionalmente, do homem sobre mulheres e filhos no ambiente familiar, permeando toda organização da sociedade, da produção e do consumo, da política, à legislação e à cultura. Nesse sentido, o patriarcado funda a estrutura da sociedade e recebe reforço institucional, nesse contexto, relacionamentos interpessoais e personalidade, são marcados pela dominação e violência (BARRETO, 2004, p. 1).

Assim sendo, no decorrer de um processo de publicação, edição, vigência e revogação de códigos criminais e penais no ordenamento jurídico brasileiro, constatam-se inúmeros exemplos de leis depreciadoras dos direitos das mulheres – desconsiderando seus direitos da personalidade, tais como dignidade e honra –, frente a um bem jurídico reputado "mais importante".

De maneira exemplificativa, este texto analisará o Código Criminal de 1830 e o Código Penal de 1940, bem como a ementa do Habeas Corpus nº 21129/BA, julgado em 2002 pelo Superior Tribunal de Justiça, para posteriormente, relacionar à audiência pública de Mariana Ferrer.

No Código Criminal Brasileiro de 1830, é abordada a questão do estupro como crime contra a segurança e a honra, existindo diferenciação de penas entre delito cometido contra prostitutas e contra "mulheres honestas". Em seu artigo 222, o códex determinou a pena de prisão de três a

12 anos para o crime praticado contra a mulher honesta, enquanto dispôs que sendo a vítima prostituta, a pena seria de prisão variante de um mês a dois anos (BRASIL, 1830).

A partir deste ordenamento, extrai-se que forçar conjunção carnal contra uma mulher considerada desonesta, não seria tão reprovável como quando realizado contra a "mulher honesta". Entretanto, é incontestável que ambas as vítimas têm direito à inviolabilidade de seu corpo, sendo reprovável toda violência ou grave ameaça que possa constrangê-las à prática de qualquer ato sexual. Posto isso, o ordenamento que distingue penas ao infrator em razão de considerar a vítima menos digna de proteção jurídica, fomenta interpretações que constituem grave violação ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Em relação ao Código Penal de 1940, antes de passar por alterações e ter dispositivos revogados, apontava seu Capítulo I "Dos Crimes contra a Liberdade Sexual", dentro do Título VI intitulado "Dos Crimes contra os Costumes". Neste, o crime de estupro era considerado lesão contra os costumes, e apenas se dava mediante efetiva conjunção carnal (BRASIL, 1940).

O artigo 213 do códex, por sua vez, previa pena de reclusão de seis a 10 anos para o ato de "constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça" (BRASIL, 1940). Apenas com a Lei nº 12.015/2009, alterou-se o Título VI para "Crimes Contra a Dignidade Sexual", bem como foram revogados os incisos VII e VIII, do art. 107, os quais previam a extinção da punibilidade do agressor caso se casasse com a vítima do estupro, como observado a seguir:

> Art. 107 - Extingue-se a punibilidade:
>
> VII – pelo casamento do agente com a vítima, nos crimes contra os costumes, definidos nos Capítulos I, II e III do Título I da Parte Especial deste Código;
>
> VIII – pelo casamento da vítima com terceiro, nos crimes referidos no inciso anterior, se cometidos sem violência ou grave ameaça e desde que a ofendida não requeira o prosseguimento do inquérito policial ou da ação penal no prazo de 60 (sessenta) dias a contar da celebração (BRASIL, 1940).

Ao existir a possibilidade de extinção da punibilidade do acusado em razão do casamento com a vítima, é explícito que "para o direito penal, não estava em questão a liberdade sexual da mulher, mas a sua reputação social em razão do ato atentatório" (ANDRADE; CARVALHO, 2020, n.p).

Em virtude disso, embora a república e a democracia criem expectativas de comportamentos institucionais voltados à promoção da igualdade e da dignidade da pessoa humana como princípio fundante de uma sociedade livre e justa, não é difícil notar instituições que reproduzam discursos e práticas promotoras de desigualdade dos gêneros. A estas, cabe o estabelecimento dos comportamentos "típicos" de homens e mulheres a partir de uma chancela moral. Sabe-se que não raramente, tais instituições se negam a prover tutela de direitos ou promover o exercício da cidadania feminina.

Essa chancela moral que ocasionalmente se nega a promover a tutela dos direitos das mulheres, está presente não apenas na legislação, mas também em entendimentos jurisprudenciais e no tratamento dado às vítimas.

Somente com a edição da Lei nº 11.106/2005, a expressão "mulher honesta" foi retirada do artigo 215 do Código Penal. Considerando o dispositivo e as expressões constitucionais, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em 2002, estabeleceu que:

> A expressão "mulher honesta", como sujeito passivo do crime de posse sexual mediante fraude, deve ser entendida como a mulher que possui certa dignidade e decência, conservando os valores elementares do pudor, não sendo necessário, portanto, a abstinência ou o desconhecimento a respeito de prática sexual [...] (BRASIL, 2002, p. 212).

Para uma mulher ser reputada "honesta", ela deveria manter o exercício de sua sexualidade nos moldes estruturados por leis e entendimentos, como o do STJ, por exemplo. Assim, verifica-se, por análise do julgado, que somente algumas mulheres mereceriam proteção, quer seja aquelas reputadas honestas pelo Poder Judiciário.

Mesmo a expressão tendo sido retirada do artigo 215 do Código Penal, é inegável também que a mesma seja responsável por inserir no ima-

ginário coletivo, a ideia de uma mulher honesta e decente, sendo esta, portanto, aquela que merece proteção legal. Em consequência, tem-se a perpetuação da prática estereotipada, a qual, posteriormente, passa a ser reproduzida pelos operadores do direito.

Os operadores do direito são suscetíveis a absorver os preconceitos e discriminações de gênero firmados no nosso cotidiano sociocultural, que da mesma forma estão presentes de modo contínuo no (in)consciente dos indivíduos, bem como no próprio ordenamento jurídico. Um exemplo disso, é o fato de que raramente os magistrados percebem a si próprios como agentes inseridos em uma rede de política pública promotora dos Direitos Humanos das Mulheres (AUGUSTO, 2017). Estes, em geral, adotam uma postura de mero espectadores dos movimentos e reivindicações feministas, recorrendo a uma neutralidade idealizada que, na verdade, traduz uma ideologia nada neutra:

> Nem sempre é absoluta, coerente e linear a relação que existe entre a norma positiva, a norma aplicada aos casos e os valores presentes na sociedade. Fica patente que o momento da aplicação do Direito é muito mais do que o momento de uma mecânica subsunção do fato à norma positiva jurídica. É o momento supremo do direito em que ressaltam muito mais os valores do que fatos sociais. Contudo, os valores sociais, por vezes travestidos em estereótipos e preconceitos discriminatórios, atuam subrepticiamente, inconscientemente nas argumentações dos operadores do Direito, impedindo-os de desempenharem suas funções, tendo em vista o respeito, a dignidade e a justiça (PANDJIARJIAN; PIMENTEL; SCHRITZMEYER, 1998, p. 206).

Dessa maneira, levando em consideração a perspectiva histórica e discursiva das instituições, perquire-se uma participação do aparato de Justiça responsável por duplicar o sofrimento experienciado pelas vítimas que buscam o Estado para a responsabilização criminal do agressor em casos de estupro. Ademais, o aparato de Justiça também se responsabiliza pela revitimização da vítima a partir dos processos judiciais e sua aplicação mecânica dos estereótipos de gênero.

2. A REVITIMIZAÇÃO INSTITUCIONAL

A violência institucional contra a mulher é aquela praticada, seja por ação ou omissão, nas instituições públicas ou privadas prestadoras de serviços, como por exemplo o Judiciário. Esse tipo de violência é consumado por agentes que deveriam prestar uma atenção humanizada, preventiva e reparadora de danos às vítimas que buscam amparo jurisdicional.

Considerando o patriarcalismo entranhado nas mais diversas relações sociais, o Poder Judiciário, visto como instituição inserida nesse contexto, tende a reproduzir tal ideologia ao exercer o poder através de suas práticas discursivas, capazes de perpetuar estereótipos de gênero. O patriarcalismo está consolidado nas experiências subjetivas dos juízes, de forma que embasa as decisões na prática. Destarte, a introjeção dos estereótipos de gênero pelos magistrados, resulta em uma inversão das partes, fazendo com que as vítimas tenham sua palavra questionada, assim como seu comportamento e vida social analisados.

Por conseguinte, pode-se dizer que há um exercício de controle da sexualidade pelas instituições nos casos de violência de gênero, quer seja naquilo que concerne ao relato da vítima. Este exercício vem sendo realizado pelo Poder Judiciário, bem como por promotores, advogados e operadores em ambientes de delegacia (AUGUSTO, 2017). Esse processo ocorre de inúmeras formas, uma delas é o juízo de valor feito sobre a conduta da vítima, o que fará com que o operador qualifique ou desqualifique o testemunho, e, consequentemente, também a tutela jurisdicional. Nesse sentido, leva-se em consideração no processo judicial:

> [...] a conduta da vítima, em especial, com relação à sua vida sexual, afetiva e familiar. Há extremos em que se traça o perfil da vítima como de moral sexual leviana ou mesmo como prostituta para (des)qualificá-la. A postura da magistratura, na sua maioria, quanto a isto é de omissão, pouco fazendo para que seja respeitada a dignidade da mulher." (PANDJIARJIAN; PIMENTEL; SCHRITZMEYER, 1998, p. 204).

Nesse contexto, Andrade (2005) afirma que o Sistema de Justiça Criminal é incapaz de proteger a mulher vítima de violência sexual, primeiro

porque não busca compreender as dinâmicas da violência contra a mulher; e segundo, por não possuir estrutura condizente com uma resposta penal adequada, apresentando a sanção penal como único caminho. Assim, o Sistema de Justiça Criminal não apenas deixa de cumprir com suas funções formalmente declaradas, como também duplica a violência sofrida pelas mulheres, de modo que não repele a violência nem a previne, mas reforça a cultura patriarcal e revitimiza a mulher.

Compreendendo que a vítima, sujeito passivo do delito, sofre diferentes graus de vitimização a depender do crime cometido – sendo o primário, consequência direta da infração praticada pelo agente do crime; e secundário, aquele imposto pelas instituições que de alguma forma, são diretamente encarregadas de fazer a justiça, como é o caso dos policiais, juízes, peritos, criminólogos e funcionários de instituições penitenciárias (BERISTAIN, 2000) –, depreende-se que a vítima enfrenta uma busca por justiça exaustiva, tendo em vista a culpabilização dela em virtude da ideologia patriarcalista que se subsume na violência institucional.

Portanto, em razão da incontestável violência institucional aplicada contra as vítimas de violência sexual, bem como a inexperiência de vários operadores ao atenderem tais vítimas, verifica-se um alto índice de subnotificação das denúncias. De maneira exemplificativa, no ano de 2019, o Brasil registrou um caso de estupro a cada 8 minutos, totalizando 33.019 casos. Em relação ao total de casos registrados neste mesmo ano, houve uma queda de 22,9%, registrando um total de 25.469 casos em 2020. Contudo, os pesquisadores responsáveis reforçam que a queda não é positiva, pois é resultado das dificuldades ampliadas com relação às denúncias realizadas pelas vítimas (LIMA, 2020).

À vista disso, a morosidade do Judiciário, os trâmites altamente burocráticos e aviltantes, a ausência de escuta sensível e atendimento humanizado, o despreparo dos operadores jurídicos, dentre outros problemas já denunciados por pesquisas empíricas (BRASIL, 2013; PASINATO, 2013; AUGUSTO, 2015), desmotivam as mulheres de efetivarem a denúncia.

Para fim de corroborar as afirmações supracitadas, no próximo item, abordar-se-á a violência institucional praticada no caso Mariana Ferrer, bem como a repercussão que se desdobrou na legislação.

3. O CASO MARIANA FERRER E SEUS DESDOBRAMENTOS NA LEGISLAÇÃO

O processo e o julgamento que levaram à absolvição do empresário André de Camargo Aranha – acusado de estuprar a influenciadora digital Mariana Ferrer durante uma festa em dezembro de 2018, em Florianópolis-SC – foi marcado por ataques à vítima por parte do advogado do acusado, troca de promotores e delegados, depoimentos conflitantes de Aranha e mudança na linha de argumentação do Ministério Público.

Previamente, é necessário enfatizar que a discussão que aqui se pretende não incidirá sobre a ocorrência ou não do delito de estupro de vulnerável, mas sim sobre o interrogatório operado sobre a moral da vítima Mariana, o qual buscou em suas fotos pessoais e conduta, algum tipo de escusa para eventual consumação do delito.

Em novembro de 2020, a gravação da audiência do processo tornou-se pública. Nesta, a vítima teve sua vida pessoal como modelo repreendida pelo advogado de defesa do acusado, sem qualquer intervenção do juiz ou do representante do Ministério Público. Conquanto nos demais crimes do ordenamento jurídico, quem está sob julgamento é o réu; no estupro, a vítima (sujeito passivo do crime) se vê na obrigação de provar ser uma vítima real, e não simulada, bem como ser merecedora de proteção jurídica conforme os princípios consolidados pelo poder institucional (SOUZA, 2020).

Constata-se que, no caso exposto, o juiz, promotor, e principalmente o advogado do réu, recorreram a estereótipos de "mulher honesta" e moralmente aceitável, descredibilizando a palavra da vítima quando entendido que ela, enquanto mulher, se afastava desses estigmas. Assim sendo, a violência sexual fora compreendida e analisada a partir de uma moral masculina, julgando a própria vítima por seu comportamento. A situação se agrava em virtude da previsão no artigo 59 do Código Penal, da circunstância judicial "comportamento da vítima", a qual dá aval legal para que o juiz, fundamentado em valores que sequer deveriam servir como parâmetro de fixação de pena – como por exemplo os preconceitos de gênero –, dose a pena-base, reduzindo a punibilidade do agressor (ANDRADE; CARVALHO, 2020).

Ademais, ainda consoante o artigo 59 do Código Penal, pelo qual se admite como circunstância judicial o comportamento da vítima, a exposição de motivos da nova parte geral deste código (Exposição de Motivos nº 211/1983), em seu tópico de aplicação da pena, dispõe que:

> Referência expressa ao comportamento da vítima, erigido, muitas vezes, em fator criminógeno, por constituir-se em provação ou estímulo à conduta criminosa, como, entre outras modalidades, o pouco recato da vítima nos crimes contra os costumes. (Exposição de Motivos nº 211/1983, BRASIL, 1983, n.p).

Destarte, a vítima se submete a um processo vitimizatório com o objetivo de ver o agressor condenado. Nesse caso, por inquisições constituídas de estereótipos, o agressor pode vir a ter sua pena reduzida, enquanto a vítima, que não concorreu para a prática do delito, sofrerá com os danos provindos da violência primária, os quais se somam à violência institucional imputada durante a persecução penal (ANDRADE; CARVALHO, 2020).

Conforme disposto na Exposição de Motivos nº 211/1983, o "pouco recato da vítima" nos crimes contra os costumes, pode ser considerado um fator criminógeno, de forma a estimular a conduta criminosa. No caso analisado, ainda que os operadores não tenham se valido deste argumento explicitamente, foi aplicada essa ideologia com a finalidade de desqualificar a vítima Mariana, colocando-a, portanto, como estimuladora do delito de estupro em razão de fotos publicadas em redes sociais, entre outros.

Assim sendo, tendo como base o vídeo do trecho da audiência disponível na plataforma *YouTube*, publicado pelo canal do jornal *Estadão*, é possível constatar diversos momentos nos quais o defensor do réu atacou a vítima Mariana, aplicando-se a ideia trazida pelo art. 59 do CP, unida ao entendimento de "pouco recato da vítima" como fator criminógeno. Em um dos trechos, o defensor do réu apresenta uma foto da vítima e pergunta se naquela imagem, há manipulação. Em seguida, tece alguns comentários e a *influencer* questiona a fala do defensor: "'*Muito bonita por sinal', o senhor disse? Isso é assédio moral contra mim. O senhor tem idade para ser meu pai. Tem que se ater aos fatos*". Ao que o defensor responde "*jamais teria*

uma filha do nível de Mariana", seguido de uma fala mencionando o filho, pedindo para que o mesmo nunca encontre uma mulher como a *influencer*.

À face do exposto, a única interferência do juiz é anunciar que se a sessão continuar nesses moldes, terá de ser suspensa. Em seguida, pede ao advogado para prosseguir. O promotor Thiago Carriço de Oliveira, também presente, permanece em silêncio e a audiência continua.

Em ato contínuo, o advogado opina que a *influencer* quer criar polêmica: "*O que acontece é claro. Ela não quer esclarecer nada. Ela não quer que isso termine. Ela quer curtir no Instagram. Ela vive disso, dessa farsa que ela montou*". Após ter dito isso, o juiz pede para que o advogado continue com as perguntas de forma objetiva. Dessa forma, a sessão toma prosseguimento.

Em razão dos questionamentos incessantes por parte do advogado defensor do acusado, a vítima Mariana começa a chorar, até ser interrompida por ele: "*Não adianta vir com esse choro dissimulado, falso, e essas lágrimas de crocodilo*". Em seguida, no trecho, o advogado mostra uma foto da *influencer* com o dedo na boca e diz que a mesma está "*chupando o dedinho*"; além disso, afirma que no *site* de um fotógrafo, há imagens dela em "*posições ginecológicas*". A vítima se defende alegando diversas manipulações da defesa a respeito das fotos apresentadas, sobre as quais teriam sido feitas alterações visando deixá-la mais "*sensual*" e, por vezes, até removendo peças de roupa.

O criminalista apresenta uma foto em que Mariana está sentada com as pernas entreabertas vestindo blusa e calcinha pretas, questionando a vítima de forma irônica: "*Não tem nada de mais essa foto, né*?", ao que a *influencer* responde: "*Não tem nada demais mesmo, estou de roupa. A mulher livre não é freira doutor*", sendo rebatida pelo defensor: "*E por que você apaga essas fotos, Mariana? Só aparece sua carinha chorando. Só falta uma auréola na cabeça*".

Tendo em vista que o vídeo da audiência tem duração de três horas, apenas alguns trechos foram extraídos para os propósitos deste trabalho. Como último exemplo, destaca-se a fala do defensor do réu ao desmerecer Mariana, expondo sua vida pessoal: "*Tu trabalhava no café, perdeu emprego, está com aluguel atrasado sete meses, era uma desconhecida. É seu ganha-pão a desgraça dos outros*".

Em virtude dos trechos expostos anteriormente, constata-se uma desconstrução da imagem da vítima durante a audiência, podendo ser observada nas vezes em que o defensor argumenta sobre a roupa, comporta-

mento e fotos da vítima, na tentativa de convencer o juiz de que em razão de sua "conduta libada" e "fora dos princípios morais", o depoimento dela seria falso ou irrelevante.

No caso da acusação de estupro feita por Ferrer, ficou comprovada a ocorrência de ato sexual, existindo provas nesse sentido. Contudo, a dúvida residiu no consentimento para o ato, pois existindo o testemunho de Ferrer ter sido dopada, o caso seria de estupro de vulnerável, e as provas a serem analisadas, portanto, outras.

Isto é relevante pois, quando analisada a conduta do defensor, verifica-se que toda a indagação feita por ele não tem relação com os fatos do processo, de modo a extrapolar no que dizia respeito aos autos. Diante disso, os fatos de Mariana ser virgem ou não, de postar fotos em rede social ou de ter qualquer conduta anterior ao caso, são irrelevantes à produção de provas no que tange à existência ou não do consentimento.

Portanto, explicitamente ocorreu a revitimização institucional, de tal forma que a vítima fora submetida a um processo de degradação e estigmatização de sua imagem, teve seu discurso e moral questionados, assim como sofreu danos à sua honra e a aspectos privativos da sua intimidade. Tudo isso sob a escusa de exercício da atividade defensiva por parte do advogado, que, para fins processuais, não teve qualquer propósito, tendo apenas como resultado a ofensa e menosprezo à vítima.

Outrossim, é necessário ressaltar que o exercício da atividade defensiva tem limites fornecidos pelo Texto Constitucional, de modo que ao submeter a vítima a uma espécie de interrogatório tal qual como se ela fosse a ré, indagando sua moral, honra e expondo aspectos privativos da sua intimidade, mitiga-se por completo, o princípio da dignidade da pessoa humana, norteador do Estado Democrático de Direito, previsto no artigo 1º da Constituição Federal. Por conseguinte, havendo a violação explícita do princípio da dignidade humana, a situação torna-se ainda mais grave quando demonstrada a condescendência dos operadores do direito, que ao invés de intervirem zelando pela dignidade da vítima, são meros espectadores da violência, os quais acabam de maneira indireta, acolhendo essas teses que objetivam descredibilizar a palavra da mulher com base em estigmas predominantemente machistas e patriarcais.

Em razão da grande repercussão do vídeo da audiência, bem como a revolta de diversas pessoas frente ao tratamento dado à influenciadora

digital Mariana Ferrer, o Plenário da Câmara dos Deputados aprovou em sessão virtual, em dezembro de 2020, a proposta que torna crime a violência institucional, atos ou a omissão de agentes públicos que prejudiquem o atendimento à vítima ou à testemunha de violência (BRASIL, 2020).

O Projeto de Lei, sob o nº 5091/2020, agora segue para votação no Senado Federal. Esse projeto diz respeito a uma atualização da Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, a qual versa, sobretudo, a respeito do abuso de poder de autoridades.

Concomitantemente, a relatora, deputada Professora Dorinha Seabra Rezende (DEM-TO), alterou a proposta para definir a "revitimização" como discurso ou prática institucional por meio da qual a vítima ou testemunha, é submetida a procedimentos desnecessários, repetitivos e/ou invasivos, que a levem a reviver a situação de violência ou outras situações que gerem sofrimento, estigmatização ou exposição de sua imagem.

Conforme disposto no art. 15-A do Projeto de Lei nº 5091/2020, há a previsão de pena de detenção de três meses a um ano, além de multa, para o agente público que praticar violência institucional por meio de atos comissivos ou omissivos que prejudiquem o atendimento à vítima ou testemunha de violência, a causar, dessa forma, sua revitimização. O texto, no entanto, isenta de pena quem tiver o "erro plenamente justificado pelas circunstâncias" por ter suposto que a sua atitude se tratava de "ação legítima". Outra mudança determina que a omissão será punida quando a autoridade deveria e poderia agir para evitar a violência (BRASIL, 2020).

É importante destacar que embora seja fruto de violência institucional no Judiciário brasileiro, o PL não restringe a punição a essa esfera. Nesse sentido, pode atingir outros agentes públicos, bem como outros campos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As leis são uma extensão do poder político dos grupos que detém o poder institucional. Tal poder compete majoritariamente a grupos formados por figuras do sexo masculino. Assim, por certo, as leis perpetuarão estereótipos difundidos na sociedade, especialmente no tocante à questão de gênero.

Em virtude do enraizamento do patriarcalismo no ordenamento jurídico, por diversas vezes, os próprios códigos acabam por condensar uma legislação mitigadora dos direitos das mulheres, depreciando, nes-

ses moldes, o direito delas à dignidade humana frente a um bem jurídico preservador dos bons costumes. Ademais, constata-se uma primeira violência institucional com origem no ordenamento jurídico, permitindo aos operadores do direito escusar-se em lei para negar às mulheres o direito à justiça em caso de violação de sua intimidade.

Como resultado, tem-se a revitimização institucional como violência secundária, a qual assola mulheres vítimas de violência de gênero quando estas lançam luz à busca de amparo jurisdicional, ou até mesmo de atendimento em instituições, como delegacias. Isso ocorre pela prática de submeter a vítima, a procedimentos invasivos que a levam a reviver a situação de violência, ou então outras situações que gerem sofrimento ou exposição de sua imagem.

A título de exemplificação, o caso da influenciadora digital Mariana Ferrer causou grande comoção ao trazer em vídeo de audiência a revitimização institucional praticada contra a vítima, bem como o silêncio dos operadores perante tal ato. Diante deste evento, fora proposto o Projeto de Lei nº 5091/2020, como atualização da Lei nº 13.869/2019, que trata sobre abuso de poder de autoridades.

Por fim, ante o exposto, depreende-se que a revitimização institucional é presente e prejudica diversas vítimas de violência sexual e de gênero, por vezes desmotivando-as a efetivar a denúncia, resultando na impunidade de agressores como consequência da violência institucional que permeia o ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, S. L. de. **Racismo estrutural**. São Paulo: Sueli Carneiro/ Pólem, 2019.

ANDRADE, A. P. de; CARVALHO, É. M. de. A revitimização nos crimes sexuais cometidos contra mulher: por um sistema penal menos machista. In: SANTOS, M. K. (Org.). **Criminologia Feminista no Brasil: diálogos com Soraia Mendes.** São Paulo: Blimunda Estudio Editorial, 2020, p. 156-170.

ANDRADE, V. R. P. de. **A Soberania Patriarcal: O Sistema de Justiça Criminal no Tratamento da Violência Sexual contra a Mulher**. Florianópolis: Editora UFSC, 2005.

AUGUSTO, C. B. (Org.). **Violência contra a Mulher e as Práticas Institucionais**. Relatório Final. Brasília: Ipea/MJ, 2015.

_____. *In dubio pro stereotypo*. **Rev. Eletrônica OABRJ**, 2017. Disponível em: https://revistaeletronica.oabrj.org.br/wp-content/uploads/2017/09/In-dubio-pro-Stereotypo.Cristiane-Brand%c3%a3o-Augusto.pdf. Acesso em: 1 mar. 2021.

BARRETO, M. do P. S. Patriarcalismo e o feminismo: uma retrospectiva histórica. **Revista Ártemis**, n. 1, 2004.

BERISTAIN, A. **Nova criminologia à luz do direito penal e da vitimologia**. Trad. NETO, C. F. M. Brasília: Universidade de Brasília, 2000.

BOURDIEU, P. **Dominação masculina.** Trad. KÜHER, M. H. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.

BRASIL. Comissão de Planejamento Estratégico (CPE). **Cenários de Gênero**. Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público, [2018]. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/20180622_CEN%C3%81RIOS_DE_G%C3%8ANERO_v.FINAL_2.pdf. Acesso em: 22 mar. 2021.

_____. Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI). **Relatório nº 01/2013.** Brasília: Ministério da Justiça, [2013]. Disponível em http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getpdf.asp?t=130748&tp=1. Acesso em: 30 mar. 2021.

_____. **Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Rio de Janeiro, 1940.

_____. **Exposição de Motivos nº 211, de 9 de maio de 1983**. Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940 - Exposição de motivos. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaodemotivos-148972-pe.html. Acesso em: 18 mar. 2021.

_____. **Lei de 16 de dezembro de 1830**. Código Criminal. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Rio de Janeiro, 1830.

_____. **Projeto de Lei nº 5.091, de 04 de novembro de 2020.** Altera a Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, para tipificar o crime de violência institucional. Brasília: Câmara dos Deputados, 2020. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2264998. Acesso em: 20 mar. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Ementa nº HC 21129/BA.** Brasília: Distrito Federal, 2002. Disponível em: http://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=mulher+honesta&b=ACOR&p=true&l=10&i=2. Acesso em 21: mar. 2021.

CHAI, C. G. Violência Institucional contra a mulher: o poder judiciário, de pretenso protetor a efetivo agressor. **Rev. Eletrônica do Curso de Direito**, v. 13, n. 2, 2018. Disponível em: https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/29538/pdf. Acesso em: 1 mar. 2021.

ESTADÃO. Veja a íntegra da audiência de Mariana Ferrer em julgamento sobre estupro. (3h0m11s). **Youtube** [online], 2020. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=P0s9cEAPysY. Acesso em: 1 abr. 2021.

FOUCAULT, M. **Microfísica do poder.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2014.

LIMA, M. Brasil registrou um estupro a cada 8 minutos em 2019. **Observatório do Terceiro Setor**, 2020. Disponível em: https://observatorio3setor.org.br/noticias/brasil-registrou-um-estupro-a-cada-8minutos-em-2019/#:~:text=As%20den%C3%BAncias%20de%20les%C3%A3o%20corporal,2019%2C%20contra%2025.469%20em%202020. Acesso em: 20 mar. 2021.

PANDJIARJIAN, V.; PIMENTEL, S.; SCHRITZMEYER, A. L. P. **Estupro, crime ou "cortesia"?** Abordagem sociojurídica de gênero. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1998.

PASINATO, W. (Org.). Violência contra a mulher e acesso à Justiça**. Estudo comparativo sobre a aplicação da Lei Maria da Penha em cinco capitais**. Relatório Final. Rio de Janeiro: Cepia, 2013. Disponível em http://www.cepia.org.br/pesquisa_out.pdf. Acesso em: 15 mar. 2021.

SOUZA, A. C. C. A natureza da ação penal no crime de estupro: a vontade da vítima em face da violência instituciona. In: BAHURY, A. M. N. et al. (Orgs). **Do ódio e violência contra as mulheres**. Respostas à pergunta: "Afinal, o que querem as mulheres?". Belo Horizonte: Dom Helder, 2020, p. 207-221.

VIANNA, L. W.; CARVALHO, M. A. R. de; BURGOS, M. B. **Quem somos. A magistratura que queremos**. Rio de Janeiro: AMB, 2019.

FORMAÇÃO DE PREÇO PARA COMPRAS PÚBLICAS A PARTIR DA EXPERIÊNCIA DA COVID-19

Gabriel Siggelkow Guimarães[47]

INTRODUÇÃO

O direito administrativo se deparou com grandes desafios para sua interpretação e execução a partir da Covid-19, pandemia que se classifica como uma situação de caso fortuito e força maior que chegou como efeito de um furacão num momento de mudanças na economia brasileira no último ano de gestão dos prefeitos. Foi uma avalanche de problemas, desde os problemas sanitários que não foram solucionados ou amenizados com a quantidade de infectados e de óbitos, até as crises políticas que a arena política vem o tempo todo criando; ocasionando com isso a concorrência das atenções entre ela e os efeitos do vírus.

Nessa cena de crises políticas e sanitárias recorrentes, não foram óbvios os espaços onde o direito pudesse buscar soluções e inovações voltadas para o direito público, em especial no direito administrativo. O caminho encontrado foi buscar solidez de interpretação e de orientação de juristas, doutrinadores, nas Academias e tribunais para que as consequências da pandemia fossem minimizadas.

47 Advogado, pós-graduado em Direito e Processo Civil, mestre e doutorando em Ciência Política – PPGCP/UFF.

Os desafios colocados ao direito administrativo se revelaram em algumas crises nas quais o temos como centro da questão, como foi o caso da compra dos respiradores no Estado do Rio de Janeiro. A compra sem licitação e as questões encontradas em investigações levaram a Secretaria de Saúde do Estado do Rio de Janeiro de volta as páginas policiais, com problemas graves, em especial na pesquisa e formação dos preços para a compra dos equipamentos em processos de dispensa de licitação.

Partindo desses desafios, esse trabalho tem como objetivo levantar a discussão sobre a pesquisa e a formação de preços para processos de contratação do Poder Público e de como esses parâmetros pode ser criados para ser utilizados em qualquer situação, seja no cotidiano ou na emergência, para que esse elemento fundamental da compra pública não seja sempre modificado conforme o processo administrativo (forma de contratação e o seu momento).

As novas tecnologias, os acúmulos de muitos servidores e o mercado é um caminho prático para que a formação do preço não seja um problema na hora da contratação pelo Estado. Assim, as compras podem ser mais céleres e transparentes, evitando que os órgãos de controle e a fiscalização tenham que sempre investigar um possível superfaturamento. De outro lado, a proposta de um padrão contínuo pode evitar que na emergência as soluções sejam alcançadas para acelerar o processo administrativo, mas que não sejam pela falta de planejamento e de elementos de pesquisas.

O trabalho se inicia com uma reflexão sobre a pesquisa de preço, incluindo as práticas de órgãos e a sua fundamentação legal, passando a algumas considerações sobre o que ocorreu com o aparecimento da Covid-19, e suas normas de emergência na formação de preço, dando destaque à compra dos respiradores pela Secretaria de Saúde do Estado do Rio de Janeiro. Por fim, apresentamos uma proposta para ser colocada em prática, para um debate de aprimoramento da norma e da prática de gestão que possa contribuir com os gestores e com os órgãos de controle.

A metodologia proposta é de analisar a auditoria realizada pelo Tribunal de Contas do Rio de Janeiro na compra de respiradores para serem usados na pandemia do Covid-19, identificando como esse processo administrativo demonstrou que não existia planejamento prévio, não teve economicidade de verdade, mas sim a comprovação de uma fraude, além de não observar o parecer jurídico obrigatório, as normas, instruções nor-

mativas e jurisprudências dos tribunais de contas. Dessa análise, chegar na necessidade de elaboração de pesquisas e formação de preços e a base desse processo para uma proposta de prática de gestão para cumprir a lei e ter planejamento.

1. PESQUISA E FORMAÇÃO DE PREÇO

Inicialmente devemos observar a Lei nº 8.666/93, em seu art. 15, que determina a necessidade de formação de preço para a realização de compras, que devem ser seguidas, sempre que possível. Nesse caminho, o art. 15, o inciso V deixa literalmente definido para *"balizar-se pelos preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública"*.

A leitura da Lei nº 8.666/93 deixa clara a necessidade de ter uma pesquisa e um preço para balizar um parâmetro de disputa para a realização do contrato, entretanto falta na legislação uma definição clara da metodologia, ficando a critério e moldes da jurisprudência e das orientações dos tribunais.

Para haver um critério que seja parâmetro de pesquisa de preço, vamos usar a Súmula 02 do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro – TCE/RJ, que determina:

> As pesquisas de mercado realizadas previamente às contratações no âmbito da Administração Pública não devem se limitar a cotações obtidas junto a potenciais fornecedores, devendo obedecer aos critérios de amplitude e diversificação, de maneira a possibilitar o acesso a fontes de pesquisa variadas e a obtenção das melhores condições de preço, respeitadas as limitações decorrentes da especificidade do objeto contratual.

Esse critério do TCE/RJ vai de encontro com as orientações da Instrução Normativa 73,[48] de 05 de agosto de 2020, do Ministério da Economia que definia como parâmetro de pesquisa de preço – no art. 5º:

48 Essa Instrução Normativa é uma atualização da IN 05/2014 e da IN 03/2017, ambas da MPOG.

> Art. 5º A pesquisa de preços para fins de determinação do preço estimado em processo licitatório para a aquisição e contratação de serviços em geral será realizada mediante a utilização dos seguintes parâmetros, empregados de forma combinada ou não:
>
> I - Painel de Preços, disponível no endereço eletrônico gov.br/paineldepreços, desde que as cotações refiram-se a aquisições ou contratações firmadas no período de até 1 (um) ano anterior à data de divulgação do instrumento convocatório;
>
> II - aquisições e contratações similares de outros entes públicos, firmadas no período de até 1 (um) ano anterior à data de divulgação do instrumento convocatório;
>
> III - dados de pesquisa publicada em mídia especializada, de sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que atualizados no momento da pesquisa e compreendidos no intervalo de até 6 (seis) meses de antecedência da data de divulgação do instrumento convocatório, contendo a data e hora de acesso; ou
>
> IV - pesquisa direta com fornecedores, mediante solicitação formal de cotação, desde que os orçamentos considerados estejam compreendidos no intervalo de até 6 (seis) meses de antecedência da data de divulgação do instrumento convocatório.

Podemos observar que a prática dos gestores públicos deve ser guiada sempre, com critério de formação de preço e economicidade, pela metodologia oferecida pelas normas e jurisprudências e não pela simples definição da lei. Por muito tempo, a formação de preço era guiada por pelo menos três orçamentos de empresas do mercado ou possíveis fornecedores, sendo assim admitido pela jurisprudência como referência de preço praticado. Os orçamentos das empresas no mercado é sim um parâmetro para encontrar o melhor preço, mas a própria jurisprudência dos Tribunais de Contas, em especial do Rio de Janeiro, vem levantando aos seus jurisdicionados os critérios para escolhas das empresas que são consultadas para os três orçamentos, como por exemplo, se o objeto do CNPJ é compatível e se não há parentesco entre as empresas que forneceram tais orçamentos, como chegou até aquela empresa e outras informações rele-

vantes para que não tenha direcionamento a um fornecedor, quebrando a isonomia e impessoalidade.

Assim, a chamada "cesta de preços", que se classifica como esses elementos da Instrução Normativa nº 73 do Ministério da Economia, ampliou dos três orçamentos, sem excluir esse método, para incluir outras fontes, dando mais possibilidades de encontrar valores praticados pelo mercado, e também por outros contratos e registros de preços de outros entes políticos. A "cesta de preços" foi um elemento que passou a existir para criar uma nova disciplina de busca pela gestão pública para encontrar parâmetros que deem maior vantagem para a administração comprar ou contratar.

Quando a pandemia do Covid-19 se instalou no Brasil, a necessidade de contratações emergenciais apareceu em vários cenários. É preciso destacar que o Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro de pronto entendeu o momento e logo emitiu a nota técnica 01/2020, criando um paradigma importante de interpretação e orientação para o direito administrativo realizado na prática da gestão pública fluminense.

Essa nota técnica do TCE/RJ foi emitida em acordo com a Lei federal nº 13.979/20, que era a legislação federal que deveria ser observada no momento de crise da pandemia, norteando alguns procedimentos, e inclusive, inserindo de forma transitória uma nova hipótese de dispensa de licitação, realização de licitação e contratação.

Marçal Justen Filho foi um dos nomes respeitados do direito que rapidamente apresentou argumentos para as questões relevantes do direito administrativo com a Covid-19. Em documento amplamente divulgado, Justen Filho (2020) apresenta a necessidade de prestar atenção à palavra "emergência", que não poderia ser utilizada para aquilo que já era previsto para ser executado. Um exemplo de emergência seria a finalização de obras de um hospital, por outro lado, aquelas previsões para serem fornecidos durante 12 (doze) meses, que não tivesse sendo executado ou licitado, se enquadraria em falta ou falha de planejamento.

Essa situação é importante porque a primeira questão é definir o que é emergência e o que é falha no planejamento. O que é emergência deveria observar alguns procedimentos, que de forma genérica seria a licitação. Ou seja, por princípio a "cesta de preços" deveria ser observada para alcançar um valor de referência. Entretanto, uma emergência poderia não

conseguir esperar uma licitação sem causar prejuízo à coletividade e ao interesse público, aí entrou a possibilidade nova de dispensa de licitação inserida pela Lei federal nº 13.979/20:

> Art. 4º É dispensável a licitação para aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus de que trata esta Lei.

Logo no parágrafo primeiro, a lei deixa claro que essa dispensa é temporária enquanto durar a pandemia. Assim a emergência para enfretamento da Covid-19 é localizada no tempo e com objetivos delimitados. Fica claro, também, que a situação de emergência não é uma autorização para desobrigar de ter planejamento, mas pelo contrário, de dar mais celeridade no que precisa para execução do enfrentamento, ou seja, aquilo que não seria possível ter planejamento, com o surgimento da Covid-19.

Trazendo a busca de pesquisa de preço, a lei federal temporária não deixou de observar a necessidade de realizar a mesma. No art. 4º-E, § 1º, inciso V, fica determinado:

> Art. 4º-E Nas contratações para aquisição de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da emergência que trata esta Lei, será admitida a apresentação de termo de referência simplificado ou de projeto básico simplificado.
>
> § 1º O termo de referência simplificado ou o projeto básico simplificado a que se refere o caput conterá: [...]
>
> VI - estimativas dos preços obtidos por meio de, no mínimo, um dos seguintes parâmetros:
>
> a) Portal de Compras do Governo Federal;
>
> b) pesquisa publicada em mídia especializada;
>
> c) sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo;
>
> d) contratações similares de outros entes públicos; ou
>
> e) pesquisa realizada com os potenciais fornecedores

A norma temporária reforçou a necessidade da existência da "cesta de preços", mas de forma a enfrentar a pandemia, deixando nesse período delimitado a possibilidade de se utilizar um dos parâmetros, de forma justificada. Mas temos que destacar que não deixou solta a interpretação, indicando no texto o que já tinha de parâmetro na jurisprudência oriundo da IN nº 03/2017 do Ministério do Planejamento, que foi sucedida pelo IN nº 73/2020.

Temos que destacar que o Tribunal de Contas da União também já tinha se posicionado sobre a necessidade da "cesta de preços", antes da pandemia, que já tinha sido objeto de observação do Professor Jacoby Fernandes, no Acórdão nº 2.816/2014, de relatoria do Ministro José Múcio Monteiro, com a seguinte ementa:

> É recomendável que a pesquisa de preços para a elaboração do orçamento estimativo da licitação não se restrinja a cotações realizadas junto a potenciais fornecedores, adotando-se, ainda, outras fontes como parâmetro, como contratações similares realizadas por outros órgãos ou entidades públicas, mídias e sítios eletrônicos especializados, portais oficiais de referenciamento de custos.

Entendemos que até aqui a pesquisa de preço é uma fase imprescindível do processo de preparação para fase externa para a contratação pelo Poder Público. É preciso cumprir essa fase em observância ao que é mais vantajoso economicamente para a administração, criando parâmetros objetivos e evitando que o erário seja prejudicado.

A falta de uma metodologia para ser realizada, determinada em lei, deixa em aberto em muitos casos a realização de um parâmetro só, que melhor atende o processo administrativo, certificando a impossibilidade de outras opções de fonte.

1.1. MÉDIA, MEDIANA E MENOR PREÇO

A Instrução Normativa nº 03/2017 traz como elemento de metodologia para a formação de preço no art. 2º, § 2º das seguintes possibilidades:

> §2º Serão utilizadas, como metodologia para obtenção do preço de referência para a contratação, a média, a mediana ou o menor

> dos valores obtidos na pesquisa de preços, desde que o cálculo incida sobre um conjunto de três ou mais preços, oriundos de um ou mais dos parâmetros adotados neste artigo, desconsiderados os valores inexequíveis e os excessivamente elevados.

Deixa ainda, a Instrução, a possibilidade de outra metodologia ser utilizada, desde que seja justificada. Ou seja, a possibilidade de realizar uma busca na "cesta de preços" precisa depois passar por um processo de análise, que Ronaldo Corrêa explica como "tratamento estatístico aplicado à pesquisa de preços" (CORRÊA, 2020) que é preciso definir o método de definição, apontando que o TCU já indicou da média saneada como a mais indicada.

Para chegar à média saneada, primeiro vamos entender o que é a média, de forma simples. Seria a coleta das informações e a busca da média do quociente da soma de todos os números e o número de envolvidos. Em exemplo, a gestão colhe 10 preços, soma esses preços e divide por 10 para encontra a média. Ocorre que dessa forma simples, muitas variáveis podem aparecer, como preços fora de qualquer padrão, muito acima ou muito abaixo, que não dão a possibilidade de uma média mais perto do que se pratica no mercado.

A mediana já é um método que, segundo Ronaldo Corrêa indicando a definição do IBGE Educa, tem mais chance de ser seguro, pois:

Já a mediana, segundo o IBGE Educa, "indica o valor médio em um conjunto de números ordenados. Ela indica qual é o valor que está exatamente no meio de um conjunto de dados, quando eles estão ordenados". E esclarece ainda que "A vantagem da Mediana sobre a Média é que a Mediana pode nos fornecer um valor típico do conjunto de dados porque ela não é afetada por valores extremos". (CORRÊA, 2020)

Nesse sentido, Franklin Brasil apresenta decisão do TCU sobre a média e a mediana ser uma opção para encontrar o preço de mercado:

> O TCU, no Acórdão nº 3068/2010-Plenário, afirmou que "o preço de mercado é mais bem representado pela média ou mediana uma vez que constituem medidas de tendência central e, dessa forma, representam de uma forma mais robusta os preços praticados no mercado".(BRASIL, 2015)

Assim, a definição de média saneada acaba sendo considerada a melhor alternativa metodológica para a formação do preço. Essa, por sua vez, é uma avaliação crítica dos valores encontrados, descartando os valores exorbitantes, para mais ou para menos. Esse método exige um tratamento estatístico dos valores, inclusive com critérios objetivos para definir quais preços devem ser descartados, não podendo ser por ato discricionário.

A legislação brasileira não estabelece um critério único de metodologia para pesquisa de formação de preço, permitindo sempre que cada órgão e ente político possa estabelecer a metodologia, dando como conceito a "cesta de preços" como um norte para ser observado, mas sem um dispositivo legal taxativo, mas, uma orientação jurisprudencial e instrutiva.

É possível encontrar em municípios vizinhos, como a cidade de Niterói e Maricá, ambas no Estado do Rio de Janeiro, onde uma trata os preços pela média e a outra pelo menor preço, respectivamente, e ambas têm legalidade e legitimidade para sua decisão da forma de realizar, devidamente fundamentada e justificada.

2. A FORMAÇÃO DO PREÇO DOS VENTILADORES PULMONARES – CASO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A Secretaria de Saúde do Estado do Rio de Janeiro voltou para as páginas policiais durante a pandemia da Covid-19. Se não bastasse a política ter concorrido com força com os efeitos do vírus – com seus infectados e óbitos – a contratação pelo Poder Público dos respiradores criaram um problema de ilegalidade.

A Secretaria de Estado de Saúde do Rio de Janeiro realizou a compra de respiradores – ventiladores pulmonares – para serem utilizados no tratamento da Covid-19, principalmente nas situações mais graves. A compra se deu por dispensa de licitação, fundamentada na Lei federal transitória nº 13.979/20, comprando o total de mil ventiladores pulmonares, pagando o montante de R$ 183.588.000,00. Essa compra ocorreu segundo mostra a tabela 1.

Tabela 1

ID	Nº contrato	Contratada	CNPJ	QTD	Valor
1	014/2020	ARC FONTOURA INDUSTRIA COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES EIRELI	16.599.555/0001-31	400	R$ 67.920.000,00
2	29/2020	A2A COMÉRCIO SERVIÇOS E REPRESENTAÇÕES LTDA – ME	22.682.915/0001-67	300	R$ 59.400.000,00
3	30/2020	MHS PRODUTOS E SERVIÇOS EIRELI	29.233.652/0001-58	300	R$ 56.268.000,00
	Total			1000	R$ 183.588.000,00

Fonte: TCE/RJ Processo 102.199/2020 – fls. 6

Vários aspectos foram observados pela auditoria do TCE/RJ, oriundo do Processo 102.199-0/2020, aqui vamos destacar o "ACHADO 4" que versa sobre "Ausência injustificada de estimativa de preço".

O Tribunal de Contas inicia a auditoria nesse item destacando o art. 4º-E, inciso VI, da Lei Federal nº 13.979/20. Como também já destacamos, é a norma que vincula a necessidade de buscar na pesquisa de preço para ter um parâmetro na contratação, mesmo que seja por dispensada a licitação. Destaca também, o parágrafo segundo, do art. 4º-E, que deixa uma possibilidade, desde que justificada: "§ 2º Excepcionalmente, mediante justificativa da autoridade competente, será dispensada a estimativa de preços de que trata o inciso VI do caput". Ou seja, a regra da lei transitória é mesma da lei nº 8.666/93 e da jurisprudência e demais normas editadas, a pesquisa de preço para estabelecimento de parâmetros de valores para serem praticados na contratação.

A exceção à regra, que seria pela emergência vivida pela pandemia da Covid-19, que deve ser justificada, e pela jurisprudência dos tribunais, em especial do Tribunal de Contas, de forma robusta (com demonstração da urgência, da celeridade e da contratação imediata e seus efeitos) para que não seja feita a pesquisa e formação de preço como parâmetro.

No caso concreto, ainda pesa para auditoria do TCE/RJ o Decreto Estadual nº 46.991/20, que determina no art. 1º, §2º:

> Art. 1º - Este Decreto dispõe sobre regras de dispensa de licitação para contratação de bens, serviços, inclusive de engenharia, e obras, destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus de que trata a Lei Federal nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. [...]
>
> §2º - A estimativa de preços de que trata o art. 4º-E, §1º, inciso VI, da Lei Federal nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, deverá ser obtida, sempre que possível, mediante 3 (três) fontes de referência.

Fica claro, com a simples leitura, que a metodologia de média, mediana, menor preço ou média saneada não foi estabelecida para a situação de crise; entretanto, a necessidade de um parâmetro de valor alcançado pela pesquisa de preço, respeitando a critérios da "cesta de preço", era literalmente determinada, sendo a exceção possível através de robusta justificativa.

Voltando ao caso dos respiradores, a Secretaria de Saúde do Estado tomou a decisão dentro do processo administrativo, interpretando a nosso ver, e também dos auditores do TCE/RJ, a norma de forma equivocada, dispensando a licitação e a pesquisa de preço baseada no art. 4º-E, parágrafo segundo, ou seja, realizando a compra sem parâmetros de preço e, mais grave ainda, sem justificativa para tal. Os auditores destacam que "é logicamente inconcebível utilizar como justificativa para incidência da exceção a mesma que ensejou a edição da própria regra geral.". Não teve uma ponderação de preço prévio, nem mesmo com as contratadas, considerando que a compra foi realizada com três empresas com CNPJ diferentes.

A Procuradora Geral do Estado – PGE já tinha se manifestado, antes do TCE/RJ, na promoção BBS/CCF/MFC/PE nº 01/2020 no sentido que a norma exigia a formação do parâmetro de preço através de uma pesquisa prévia e dentro dos critérios da "cesta de preço", e que estava insuficiente a justificativa para dispensa da realização da economicidade necessária. Nessa situação concreta, a necessidade de comprar ventiladores pulmonares para atender a situações de urgência e emergência nos hospitais, no combate ao Covid-19, foi realizada em desacordo com as normas, inclusive em desacordo com a lei federal transitória nº 13.979/20. O que já é uma irregularidade e objeto desse trabalho: não teve pesquisa de preço prévia para formação de um parâmetro de valor.

Outras questões foram levantadas na auditoria do TCE/RJ, como direcionamento e superfaturamento dos valores, além de observar que os CNPJ e contrato social das empresas não eram compatíveis com a compra. Talvez, ou bem provavelmente, tudo isso seria sanado com a pesquisa prévia de preço, salvo a existência de má-fé e desvio com dano ao erário público.

3. UMA PROPOSTA

O banco de preço é uma realidade de consulta para vários órgãos, inclusive muitos entes montam seu próprio banco de preço, em cima dos produtos que já costuma realizar compras. A ideia de ter um banco de preços mantém os valores principalmente dos registros de preços que são realizados, após todo procedimento administrativo legal. Nesse sentido, já é uma ferramenta viável, mas como já mencionado, não é obrigatório em lei.

Além dos bancos de preços, empresas especializadas têm desenvolvidos produtos que ajudam a encontrar preços praticados para elaboração de parâmetro de valor para licitação ou para compras emergenciais. Ou seja, tem sido um processo com evolução de instrumentos e ferramentas para que os valores praticados sejam encontrados.

Fora da esfera da formação de preço do Poder Público, existem mais ferramentas e instrumentos para encontrar melhores preços, principalmente quando o consumidor pretende realizar uma compra. E é possível localizar muitas ofertas para atrair o consumidor para comprar.

Não é uma comparação justa, a oferta que é oferecida ao consumidor, pessoa física, com a compra que é realizada pelo Poder Público em uma licitação com uma quantidade de produtos e volumes muito superior. Mas é um motivo para pensar em novos instrumentos de preço praticado, inclusive quando o preço para o consumidor é um e para o Poder Público é muito superior. Entendemos que inexiste nenhuma necessidade de não manter as buscas que já são realizadas, como todo o procedimento da "cesta de preços", as justificativas quando tiverem que ser explicadas no caso concreto e as ferramentas já existentes de banco de preços.

Por outro lado, observamos a Lei nº 14.133/2021, que altera a legislação da Lei nº 8.666/93, a Lei nº 10.520/02 e a Lei nº 12.642/11, cria um novo marco legal, trazendo como previsão para a formação de preços, os seguintes parâmetros:

> Art. 23. O valor previamente estimado da contratação deverá ser compatível com os valores praticados pelo mercado, considerados os preços constantes de bancos de dados públicos e as quantidades a serem contratadas, observadas a potencial economia de escala e as peculiaridades do local de execução do objeto.
>
> § 1º No processo licitatório para aquisição de bens e contratação de serviços em geral, conforme regulamento, o valor estimado será definido com base no melhor preço aferido por meio da utilização dos seguintes parâmetros, adotados de forma combinada ou não:
>
> I - composição de custos unitários menores ou iguais à mediana do item correspondente no painel para consulta de preços ou no banco de preços em saúde disponíveis no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP);
>
> II - contratações similares feitas pela Administração Pública, em execução ou concluídas no período de 1 (um) ano anterior à data da pesquisa de preços, inclusive mediante sistema de registro de preços, observado o índice de atualização de preços correspondente;
>
> III - utilização de dados de pesquisa publicada em mídia especializada, de tabela de referência formalmente aprovada pelo Poder Executivo federal e de sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que contenham a data e hora de acesso;
>
> IV - pesquisa direta com no mínimo 3 (três) fornecedores, mediante solicitação formal de cotação, desde que seja apresentada justificativa da escolha desses fornecedores e que não tenham sido obtidos os orçamentos com mais de 6 (seis) meses de antecedência da data de divulgação do edital;
>
> V - pesquisa na base nacional de notas fiscais eletrônicas, na forma de regulamento.

Nossa proposição, em cima da nova legislação é que cada estado e cada município, sempre no começo do mandato do seu gestor (independentemente se eleito ou reeleito), deverá publicar um Decreto estabelecendo, pelo menos: a) a "cesta de preço" como parâmetro de busca; b) o órgão responsável pela formação de parâmetro de preço para toda a adminis-

tração; c) a autorização para que o ordenador desse órgão possa contratar empresas especializadas em software e pesquisa de preço; e d) metodologia recomendada – média, mediana ou menor preço.

Na proposta mínima de Decreto, terá que referenciar para a administração pública e para os órgãos de controle os parâmetros que sempre serão utilizados, permitindo ser mais fácil identificar as justificativas quando necessário sair do pré-estabelecido.

A proposta do item "a" já é realizada por muitos entes, o que já um ganho para o direito. Entendemos que é preciso uma padronização dos elementos da "cesta de preços" como formato para todos na busca de estabelecer um valor como parâmetro. Reforçando em Decreto, como orientação para os gestores o que, provavelmente, estará em previsão legal.

A proposta do item "b" não de fácil implantação, uma vez que cada área acaba realizando seus procedimentos, e a tramitação para uma área específica para confirmar preço pode ser um atraso desnecessário de tramitação e tempo. Entretanto, a existência de um órgão específico para manter as análises de preço pode ser constituída para alimentar mensalmente com boletins (até mesmo eletrônico) dos preços praticados e encontrados no mercado para os produtos e serviços usualmente comprados ou contratados. Dessa forma, unificando para a administração os valores praticados e parâmetros, o que muitas vezes só aparece em análise de controladoria interna, já em fase avançada das contratações.

Na proposta de item "c', o ordenador de despesa do órgão que recebeu a incumbência de controlar as pesquisas de preços é a possibilidade de instituir contratos que deem novos instrumentos e equipamentos para manter mensalmente a pesquisa dos preços dos produtos e serviços usualmente contratados. Em uma situação de emergência, a pesquisa de preço está pronta para estabelecer o valor parâmetro da contratação.

Nessa proposta, tem como pano de fundo a compreensão que aqueles profissionais, os servidores, já realizam esse trabalho. A ideia é continuar realizando, principalmente, para as compras que tenham características específicas que não estão no padrão de pesquisas sempre demandados, mas com instrumentos atualizados e rápidos de busca. Na emergência, poderá alimentar variados setores de informações para economizar tempo e garantir a legalidade.

Na proposta de item "d", a metodologia deve ser única para todos, mas permitindo que em casos necessários e justificáveis, possa usar outra metodologia. Mas, é preciso uma orientação sobre os preços. Devem ser usados como parâmetro: os menores, os dentro da média, da mediana ou da média saneada.

A metodologia é parte importante para compreender as compras do Poder Público e os preços praticados no mercado, principalmente para entender possíveis divergências de uma área para outra dentro da própria administração.

Essa proposta não precisa ser inserida em texto legal, pois ela já esta toda prevista na Lei nº 14.133/21, mas pode ser inserida na rotina dos entes políticos para que sempre fiquem claro de início as regras e orientações de como funcionar na formação do preço parâmetro, resguardando os gestores e deixando mais transparentes para os órgãos de controle e para a sociedade em geral.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A formação de preço para a contratação pelo Poder Público é extremamente necessária para a existência e execução dos princípios da transparência e eficiência, além de ser um elemento importante para o planejamento financeiro das gestões.

O Estado do Rio de Janeiro, infelizmente, em plena pandemia se tornou um parâmetro ruim de exemplo dos problemas que não deve ser realizados pela gestão pública, em especial pelos equívocos nos processos administrativos, mesmo com alerta da Procuradora do Estado.

A metodologia que a legislação e a jurisprudência dos Tribunais de Contas já são bem claras para que os entes políticos e órgãos públicos possam balizar a formação de preço. O que precisa ser aprimorado para que a metodologia tenha resultado positivo é utilizar a experiência dos servidores que já trabalham com pesquisa de preço, a inovações e novas tecnologias que ajudem na pesquisa e produtos como softwares disponíveis no mercado, para que a busca de preços melhores para as compras públicas seja sempre atualizada e planejada, podendo ser base de quando for necessário na emergência.

A experiência da gestão pública e do direito administrativo com a pandemia de Covid-19 demonstra que é preciso planejamento e continuidade na busca da formação dos preços e da vantagem para a compra pública, até mesmo no caso fortuito e imprevisível.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm>. Acesso em: 08 abr. 2021.

_____. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm>. Acesso em: 08 abr. 2021.

BRASIL, Franklin. **Preço de referência em compras públicas (ênfase em medicamentos)**. Disponível em: <file:///C:/Users/gabriel-guimaraes/Downloads/APOSTILA_PESQUISA_DE_PRECOS.pdf> 2015. Acesso em: 20 jun. 2020.

CORRÊA, Ronaldo. **Tratamento estatístico aplicado à pesquisa de preços**. Disponível em: <https://sollicita.com.br/Noticia/?p_idNoticia=16380&n=tratamento-estat%C3%ADstico-aplicado-%C3%A0-pesquisa-de-pre%C3%A7os>. Acesso em: 20 jun. 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Efeitos Jurídicos da crise sobre as contratações administrativas.** Disponível em*:* <https://www.justen.com.br/pdfs/IE157/IE%20-%20MJF%20-%20200318-Crise.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2020.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Contas do Estado. Nota técnica nº 001/2020. Secretaria Geral de Controle Externo, 27 mar. 2020.

_____. Tribunal de Contas do Estado. **Processo TCE/RJ 102.199-0/2020 – Relatório de Auditoria Governamental – Inspeção Ordinária**. Rio de Janeiro, 27/04/2020 a 30/04/2020.

A JUSTIÇA DE ALF ROSS E O NOSSO DIREITO VIGENTE

Thaysa Navarro de Aquino Ribeiro[49]

INTRODUÇÃO

Alf Niels Christian Ross, nascido em Copanhague em 1899, foi um filósofo e jurista dinamarquês muito importante para a Teoria Realista e, assim, ficou conhecido como o pai do realismo escandinavo. Sua vertente racionalista reside no fato de que ele não acreditava ser possível explicar as relações do direito por meio da metafísica, mas pelo plano das experiências. Para o autor, o direito se constitui de normas e fenômenos jurídicos. As normas serão dirigidas aos tribunais, que deverão aplicá-las ao caso concreto, para solucioná-lo.

As obras de Ross podem ser classificadas em três fases. A obra *Direito e Justiça*, escrita em 1953, marca a segunda fase de suas obras. E é considerada ao lado da *Teoria Pura do Direito*, de Hans Kelsen, e *O Conceito de Direito,* de Hart, como uma das obras mais importantes da Teoria do Direito do século XX. Marcada por uma grande preocupação com o conhecimento, o discurso moral e com os limites do positivismo jurídico, Ross pretendia com essa obra eliminar a validade jurídica como uma categoria independente, transformando-a em uma dimensão da realidade.

49 Professora do Centro Universitário Unifaminas. Mestra em Direito Processual, Efetivação da Justiça e Direitos Humanos pela UCP. Pós-graduada em Direito Processual Contemporâneo pela UFRRJ. Advogada.

Uma parte importante do clássico *Direito e Justiça* é a tentativa feita por Ross em explicar o conceito de direito vigente. Para o autor, o problema da natureza do direito reside, exatamente, no problema de como interpretar o conceito de direito vigente. Ross para explicar o direito vigente se vale do jogo de xadrez e das normas que o regulam. Além disso, Ross explica a ideia de justiça como sendo a interpretação e aplicação das leis pelos magistrados. É a partir desta visão de justiça que surge o ativismo judicial, tão em voga no nosso ordenamento jurídico.

Assim, o objetivo do presente trabalho é analisar a justiça e sua conexão com o direito na Teoria de Alf Ross, demonstrando sua aplicabilidade nos dias atuais, bem como demonstrar seus reflexos no nosso ativismo judicial. Para tanto, na primeira parte do texto, serão analisados um pouco da biografia do autor Alf Ross e os principais aspectos de sua obra *Direito e Justiça*. Em seguida, serão analisados o conceito de direito vigente e sua relação com o jogo de xadrez. Por fim, na terceira e última parte, será estudada a justiça de Ross e sua relação com o nosso direito vigente. Trata-se de uma pesquisa qualitativa, baseada em revisão bibliográfica.

1. DO AUTOR E DA OBRA DIREITO E JUSTIÇA

Alf Niels Christian Ross nasceu em 10 de junho de 1899, em Copenhague, Dinamarca, e faleceu em 17 de agosto de 1979. Ele pertencia a uma família de classe média tradicional. Seu pai era procurador do Ministério das Finanças e a mãe, dona de casa. Além de filósofo e jurista, Ross foi professor de Direito Internacional, ficando conhecido como o pai do Realismo Escandinavo, tradição que concebe o Direito como conjunto de fatos ou fenômenos psicofísicos.

Como característica básica de seus esforços, Ross manteve a pretensão de formular uma ciência jurídica de base empírica. Foi aluno e grande admirador de Hans Kelsen, sendo influenciado por ele e por outros pensadores como Axel Hagerstrom, Vilhem Lunosteot e Karl Olivercrona.

As obras de Ross podem ser classificadas em três fases. Na sua fase inicial, ele escreveu a obra *Teoria das Fontes Legais*, em 1929. Em 1934, elaborou *Realidade e Validade na Lei: uma crítica aos conceitos básicos da ciência jurídica teórica*. A segunda fase de sua obra iniciou após a Segunda Guerra Mundial, com reformulação de alguns conceitos. Em 1953, Ross escreveu

uma de suas obras mais importantes, *Direito e Justiça*. A última fase de suas obras iniciou a partir de 1960 e Ross se voltou para os problemas políticos, para o Direito Internacional e a solução prática dos litígios jurídicos internacionais. O autor, em muitas de suas obras, tinha como uma de suas ideias centrais a tentativa de se libertar, se distanciar das ideias místicas e pressupostos não verificáveis, que fogem do embasamento da ciência.

A obra *Direito e Justiça*, escrita em 1953, é considerada, ao lado dos livros *Teoria Pura do Direito*, de Hans Kelsen, e *Conceito de Direito*, de Hart, como uma das mais importantes do século XX. Marcada por uma grande preocupação epistemológica em torno do conhecimento, do discurso moral e dos limites do positivismo jurídico, Ross, com *Direito e Justiça*, almejava eliminar a validade jurídica como uma categoria independente, transformando-a em uma dimensão da realidade. Neste sentido, continua se orientando pelo seu livro *Para uma Ciência Realista do Direito*, de 1946 (SGARBI, 2009).

No prefácio do livro *Direito e Justiça*, Ross afirma que a principal ideia desse trabalho era levar os princípios do empirismo, no campo do Direito, às suas conclusões últimas. Assim, o estudo do Direito deveria se pautar nos padrões tradicionais de observação e verificação da ciência empirista moderna, bem como na exigência de as noções jurídicas fundamentais serem interpretadas como concepções da realidade social e do comportamento do homem em sociedade. (ROSS, 1953).

Um dos pontos importantes de *Direito e Justiça* é que Ross tenta explicar o conceito de direito vigente. Para o autor, o problema da natureza do direito reside, exatamente, no problema de como interpretar o conceito de direito vigente como parte constitutiva integrante de toda proposição do estudo doutrinário ou da ciência do direito. Segundo Ross:

> A interpretação do conceito direito vigente oferecida nos capítulos precedentes difere incisivamente do ponto de vista tradicional predominante na teoria jurídica da Europa Continental: pode ser caracterizada como teoria jurídica realista em contraposição à teoria jurídica idealista. Esta última se apoia na suposição de que existem dois mundos distintos aos quais correspondem dois métodos diferentes de conhecimento. De um lado, o mundo da realidade, que abarca todos os fenômenos físicos e psíquicos no

> tempo e no espaço, que apreendemos por meio da experiência dos sentidos; de outro, o mundo das ideias ou validade que abarca vários conjuntos de ideias normativas absolutamente válidas (a verdade, o bem e a beleza) que apreendemos imediatamente por meio de nossa razão. Este último conhecimento é, assim, independente da experiência dos sentidos e, portanto, denominado a priori (ROSS, 1953, p. 91).

Já a Teoria Jurídica Realista se baseia nos fatos, distanciando-se, assim, da metafísica e da visão mais idealista sobre o direito. O pensamento do realismo jusfilosófico busca conhecer o direito conforme as ideias da natureza, dos problemas e métodos da ciência, tais como elaborados pela moderna filosofia empirista. Para o autor

> Esta é a posição relativa das duas principais tendências na filosofia do direito, ou seja, o idealismo metafísico e o realismo científico. A batalha final entre elas não pode ser travada no domínio da própria filosofia do direito, tendo sim que ser travada no campo da filosofia geral. A controvérsia entre o idealismo e o realismo na filosofia do direito se dissolve, necessariamente, em problemas fundamentais de epistemologia. No que a estes tange, tudo que o filósofo do direito pode fazer é indicar as linhas principais do fundamento filosófico que dá sustentação à sua teoria. Estou convencido, além disso, de que a metafísica desaparecerá gradualmente do campo do direito assim como quase desapareceu do domínio das ciências naturais: não tanto devido aos argumentos lógicos contra ela formulados, porém mais porque o interesse nas construções metafísicas desvanece paulatinamente na medida em que se desenvolve uma ciência regular que demonstra seu próprio valor. Quem hoje em dia pensaria em refutar a crença na pedra filosofal? Deixemos que os mortos enterrem os seus mortos. (ROSS, 2003, p. 93).

Ross realiza uma análise jusfilosófica em *Direito e Justiça*, dirigindo sua atenção para a ciência e sociologia do Direito, restringindo-se aos problemas de política judiciária. Ordenamento jurídico nacional, para o autor em questão, é o conjunto de regras, que são responsáveis pelo funcionamento estatal. Realiza, ainda, distinção entre direito e moral. O direito é

um fenômeno social, uma ordem integrada comum que busca o monopólio da força. Como todas as demais ciências sociais, o direito tem que ser um estudo dos fenômenos sociais, a vida da comunidade humana e a filosofia do direito deve interpretar a sua vigência em termos de efetividade social. (ROSS, 1953). Já a moral é um fenômeno individual, que pode servir para a separação ou união de pessoas. No entanto, em *Direito e Justiça*, Ross faz uma crítica à posição de Kelsen em afirmar que a validade de uma norma deriva da validade de outra. Na visão de Ross, essa afirmação impediria a relação entre conteúdo ideal normativo e realidade social. Assim, as Teorias Realistas interpretam a vigência do Direito em termos de efetividade social das normas jurídicas.

Ross, em *Direito e Justiça*, propõe ainda uma discussão entre realismo psicológico e realismo comportamentista. O realismo psicológico descobre a realidade do direito nos fatos psicológicos. Uma norma é vigente se é aceita pela consciência jurídica popular. Já o realismo comportamentista defende a ideia de que o direito se encontra nas ações dos tribunais. No entanto, Ross afirma:

> É comportamentista na medida em que visa a descobrir consistência e previsibilidade no comportamento verbal externamente observado do juiz; é psicológica na medida em que a aludida consistência constitui um todo coerente de significado e motivação, somente possível com base na hipótese de que em sua vida espiritual o juiz é governado e motivado por uma ideologia normativa cujo conteúdo nós conhecemos. (ROSS, 2003 p. 90).

Assim, no entendimento de Ross, só é possível formular uma interpretação da vigência do direito por meio de uma síntese do realismo psicológico e do realismo comportamental.

2. O DIREITO VIGENTE DE ALF ROSS

Ross conceitua direito vigente como o conjunto abstrato de ideias normativas que serve de interpretação para os fenômenos do Direito em ação, isto é, tais normas são acatadas, porque são experimentadas e sentidas como socialmente obrigatórias (ROSS, 2003). O núcleo central do

posicionamento do autor reside na descrição de dois mundos distintos e separados para a Teoria Condutivista e para a Teoria Idealista. Esta vive no mundo das ideias e apenas no mundo das ideias. Aquela vive apenas e tão somente no mundo da realidade. Assim, direito vigente é composto pelo direito em ação, que é o direito em ação dos juízes e pelas normas produzidas pelas autoridades competentes. No entanto, a noção de direito vigente requer um lineamento mais detido, porque é necessário explicar como se dá esta integração.

Assim, coloca duas questões: como o corpo individual de normas identificado como um ordenamento jurídico nacional se distingue do ponto de vista de seu conteúdo de outros corpos individuais de normas? Se a validade de um sistema de normas significa que o sistema, devido à sua efetividade, pode servir como esquema interpretativo, como aplicá-lo ao Direito? Para Ross, a primeira pergunta só pode ser respondida quando se informam quais são as normas que compõem a ordem jurídica do país, a quem elas são dirigidas e qual é o seu significado. As normas de conduta e as normas de competência que compõem a ordem jurídica do país. Normas de conduta são diretivas e estabelecem padrões de comportamento. Já as normas de competência são normas que estatuem autoridades públicas que aprovam as normas de conduta. As normas jurídicas são dirigidas aos tribunais, ou seja, ao conjunto de juízes de determinado país (SGARBI, 2009).

2.1. A VIGÊNCIA DO JOGO DE XADREZ

Ross, para explicar o direito vigente, se vale do jogo de xadrez e das normas que o regulam.

> Sua tese é que as normas jurídicas, como as regras de um jogo de xadrez, atuam como esquemas de interpretação para um conjunto de atos sociais, tornando possível a compreensão das ações sociais. O que suporta essa possibilidade compreensiva é o fato de as normas serem efetivamente acatadas porque sentidas como socialmente obrigatórias. (SGARBI, 2009, p. 71).

Para explicar o sentimento de obrigatoriedade das normas, o autor exemplifica com dois jogadores de xadrez e um observador. Se o observador não conhece as regras do jogo de xadrez, ele não compreende o jogo

realizado por cada jogador e tudo parecerá arbitrário. Por outro lado, se o observador conhece as regras do jogo de xadrez, ele entenderá os movimentos dos jogadores como ações pertinentes em relação às regras do jogo.

Assim, o jogo de xadrez é passível de ser notado pelos sentidos e explicado por leis de caráter biológico e psicológico. Contudo, o jogo de xadrez não pode ser explicado como jogo de xadrez, sem que se recorra às regras de tal jogo. Ross diz que a expressão regras de xadrez é ambígua, porque se refere tanto às ideias experimentadas em torno de determinados padrões de comportamento como se referem ao conteúdo abstrato dessas ideias, ou seja, as regras de xadrez (ROSS, 1953).

Por fim, o propósito do autor é promover um paralelo entre o jogo de xadrez e os fenômenos jurídicos, haja vista que entende servir a ideia de norma vigente do xadrez como modelo para o conceito de direito vigente.

3. A JUSTIÇA DE ALF ROSS E SUA RELAÇÃO COM O NOSSO DIREITO VIGENTE

3.1. O CONCEITO DE JUSTIÇA PARA ROSS

Segundo Ross, a ideia de justiça para o direito natural traz uma ideia específica de direito, que pode ser refletida nas leis positivas. Assim, ela representa o princípio do direito mais preponderante em oposição à moral (ROSS, 2003).

> Nessa concepção de princípio do Direito, a justiça possui o papel de delimitar e harmonizar os desejos e as pretensões e os interesses em conflito, na vida em sociedade. A partir do momento que todos os problemas do direito são vistos como problemas de distribuição, postula-se que a justiça equivaleria a uma exigência de igualdade na distribuição ou partilha de vantagens ou cargas (ROSS, 2003, p. 312).

Diante do exposto, o conceito de justiça seria sinônimo de igualdade. Assim, tal conceito se apresenta de diversas formas, mas em todos elas, a distribuição tem que ser igualitária. Exemplifica-se o aludido por meio da distribuição de cargas e vantagens, como impostos, salários, direitos e deveres, dentre outros.

Ross ainda aduz que:

> A ideia de justiça parece ser uma ideia clara e simples, dotada de uma poderosa força motivadora. Em todas as partes parece haver uma compreensão instintiva das exigências de justiça. As crianças de tenra idade já apelam para a justiça se uma delas recebe um pedaço de maçã maior que os pedaços das outras. Tem se afirmado que mesmo os animais possuem o gérmen de um sentimento de justiça. O poder da justiça é grande. Lutar por uma "justa" Fortalece e excita uma pessoa. Todas as guerras têm sido travadas em nome da justiça e o mesmo se pode dizer dos conflitos políticos entre as classes sociais. Por outro lado, o próprio fato da aplicabilidade quase onipresente do princípio de justiça desperta a suspeita de que algo "não anda bem", com uma ideia que pode ser invocada em apoio de qualquer causa (ROSS, 2003, p. 313).

A justiça imaginada em um caráter absoluto, independentemente das circunstâncias, traz a ideia de que todos, indistintamente, devem estar na mesma posição. Contudo, essa igualdade não é verificada, haja vista que um indivíduo difere do outro em razão da idade, estado civil, dentre outras. Desta forma, não se pode atribuir à justiça o significado de uniformidade absoluta. As distinções feitas quando da distribuição de direitos e deveres, por exemplo, não pode ser considerada injusta, eis que representa um requisito da justiça. A ideia de igualdade, portanto, deve ser relativa. O que se exige é que os iguais sejam tratados igualmente.

Além da ideia de igualdade, o conceito de justiça abarca critérios de avaliação, que permitem estabelecer a qual categoria cada indivíduo pertence e, assim, aplicar a igualdade a todos os membros da mesma categoria. A exigência formal de igualdade, nas fórmulas de justiça, deve ser complementada por um critério material. Neste sentido formal, de mera exigência de igualdade ou aplicação das regras, a justiça também pode ser apresentada como racionalidade.

Afirma Ross:

> [...] as palavras justo e injusto, originadas de "reto" e "não reto", apresentam sentido quando utilizadas para caracterizar a decisão tomada pelo juiz ou por qualquer pessoa que deve aplicar um de-

> terminado conjunto de regras; de maneira a dizer que uma decisão é justa quando ela tiver sido tomada com base em um sistema de normas vigentes, de maneira regular. Uma conduta, assim, é denominada "reta" quando pautada e em harmonia com essas regras, morais ou jurídicas; no entanto, as palavras justo e injusto carecem de significado e não tem nenhum significado descritivo, se utilizadas para caracterizar regras gerais ou um ordenamento (ROSS, 2003, p. 315).

Por fim, a justiça não é uma orientação para o legislador e uma pessoa ao julgar a norma como justa ou injusta, está demonstrando a sua impressão sobre aquela determinada regra.

3.2. A JUSTIÇA DE ROSS E O NOSSO DIREITO VIGENTE

A ideia de justiça se resolve na exigência de que uma decisão seja o resultado da aplicação de uma regra geral. A justiça é a aplicação correta de uma norma, se opondo a qualquer tipo de arbitrariedade (ROSS, 2003). Assim, a justiça não pode ser interpretada de acordo com os padrões jurídicos-políticos ou conforme um critério para julgar a norma. Atribuir a uma norma a característica de injusta se trata de uma expressão da emoção, sem carga argumentativa. E a ideia de justiça não se atém a um exame racional do valor das normas. Isso não significa, entretanto, que não haja conexão entre a ideia de justiça e o direito vigente. Enquanto, existe a predominância da decisão baseada em critérios objetivos, de um lado, por outro, há a tendência à individualização e à decisão pautada em valores subjetivos.

Já na legislação, essa distinção reside na liberdade que as regras deixam a critério do juiz. Ao introduzir temos vagos na legislação, o legislador dá liberdade para o juiz interpretar a norma de acordo com os seus conceitos subjetivos. Portanto, Ross, ao tratar da justiça como fruto da atividade dos juízes e tribunais, na aplicação do direito e das normas, demonstra que sua teoria encontra respaldo no direito atual, servindo de base para se estudar as origens do chamado ativismo judicial, tão em voga, atualmente, no nosso direito vigente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Alf Niels Christian Ross, nascido em Copanhague em 1899, foi um filósofo e jurista dinamarquês muito importante para a Teoria Realista e, assim, ficou conhecido como o pai do realismo escandinavo. Sua vertente racionalista reside no fato de que ele não acreditava ser possível explicar as relações do direito por meio da metafísica, mas sim pelo plano das experiências. Para o autor, o direito se constitui de normas e fenômenos jurídicos. As normas serão dirigidas aos tribunais, que deverão aplicá-las ao caso concreto, para solucioná-lo. Ele é o principal expoente do realismo jurídico escandinavo, formulando uma ciência jurídica, de base empírica, fugindo de qualquer influência da metafísica.

As obras de Ross podem ser classificadas em três fases. A obra *Direito e Justiça* foi escrita em 1953, após a Segunda Guerra Mundial. A primeira tese que o autor trata nessa obra é a ideia de direito vigente. Segundo Ross, para se saber se uma norma é utilizada por determinada ordem jurídica, deve-se analisar o comportamento dos juízes, verdadeiros destinatários da norma. Posteriormente, apresenta o conceito de justiça, suas fórmulas e sua relação com a igualdade. Assim, com o estudo do conceito de justiça e direito vigente, apresentados em *Direito e Justiça*, de Alf Ross, percebemos que nossa justiça atual também tem como finalidade a delimitação e harmonização dos desejos, das pretensões e os interesses em conflito na sociedade, norteando o Direito na solução dos litígios. *Direito e Justiça* é totalmente contemporânea e aplicável nos dias atuais, haja vista que para Ross a justiça é realizada por meio da aplicação e interpretação das leis pelos magistrados. Além disso, o problema do direito vigente, de acordo com o autor, reside na interpretação das leis vigentes, sendo essa uma grande preocupação na atualidade.

É a partir desta visão de aplicação e interpretação das leis pelos magistrados que surge o ativismo judicial, tão em voga no nosso ordenamento jurídico. Com a inércia do Poder Legislativo, o Poder Judiciário vem assumindo papel cada vez mais ativo. Esse ativismo judicial tem sido muito discutido no direito brasileiro, o que se enquadra na relação entre direito e justiça apresentados por Ross.

Por fim, ao considerar justiça como fruto da atividade judicial, a obra *Direito e Justiça*, de Alf Ross, encontra respaldo na prática do direito atual, servindo de fundamento para o estudo do ativismo judicial.

REFERÊNCIAS

ANDAKU, Juliana Almenara. **Análise jurídica da Teoria de Alf Ross.** Disponível em: https://tede.pucsp.br/bitstream/handle/6394/1/AlfRoss.pdf. Acesso em: 20 mar. 2021.

CABRAL**,** Dafne Reichel; CABRAL, Flávio Garcia. **Paradoxo do direito vigente de Ross.** Disponível em: http://www.seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/viewFile/62891/38590. Acesso em: 20 jun. 2018.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. A validade das normas jurídicas. **Revista Sequência**, v. 15, n. 28, 1994.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

OLIVEIRA, César Augusto. **Alf Ross e o Realismo Jurídico.** Disponível em: https://oliveiraoab.jusbrasil.com.br/artigos/411566723/alf-ross-e-o-realismo-juridico. Acesso em 23 jun. 2018.

PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. **O Pensamento de Alf Ross sobre a conexão entre Direito e a Justiça.** Disponível em: http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2010/o-pensamento-de-alf-ross-sobre-a-conexao-entre-o-direito-e-a-justica-juiza-oriana-piske. Acesso em: 15 jun. 2018.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. 1ª ed. São Paulo: Edipro, 2003.

SGARBI, Adrian. **Clássicos de Teoria do Direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **Introdução a Teoria do Direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

CRISE DEMOCRÁTICA BRASILEIRA E O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

Anny Carolina Nogueira Lods da Silva [50]
Diogo Pinto Mendes Carlos [51]
João Pedro Felipe Godoi [52]

INTRODUÇÃO

A crise do sistema democrático brasileiro é um dado flagrante e imperativo, sendo gestada e amadurecida ao longo dos últimos anos, cabendo destacar as manifestações de junho de 2013, fenômeno sintomático da anomalia em que a legitimidade da democracia nacional estava imersa. Em harmonia com o disposto, Maria da Glória Gohn (2014, p.64) anota que "uma das questões profundas que estão em pauta nas manifestações de junho é a discussão da democracia". Desde então, o país tem passado por seguidos cenários de turbulência institucional, aliada a um processo de constantes mobilizações nacionais em favor de temas de relevância pública.

Diante da conjuntura ascendente, torna-se imprescindível o enfoque nas discussões que permeiam a temática da democracia. Em especial, debates sobre a majoração da participação popular na política vestem-se de fulcral relevância, ante a crítica situação em que a legitimidade da demo-

50 Graduanda em Direito na Universidade Estadual do Norte do Paraná

51 Graduando em Direito na Universidade Estadual do Norte do Paraná.

52 Graduanda em Direito na Universidade Estadual do Norte do Paraná.

cracia brasileira se encontra, fazendo-se necessário se debruçar sobre experiências e processos que possam de algum modo agregar à questão. Essa Contribuição por sua vez pode ser vislumbrada na América Latina, em face de um incipiente fenômeno constitucional conhecido como o "novo constitucionalismo latino-americano", decorrente de certas homogeneidades entre os processos constituintes da Colômbia, Venezuela, Bolívia e Equador, bem como entre seus conteúdos normativos.

Resguardadas as singularidades de cada texto, verifica-se uma identidade no sentido de se buscar uma cisão com o modelo excludente de estado e democracia imposto na região, reformulando-os à imagem da realidade concreta. A preocupação com a acentuação da democracia impõe-se no cerne das instituições, mediante mecanismos que possibilitem a ampliação da participação popular nas questões públicas. Desse modo, o presente trabalho intenta analisar tais constituições, no que concerne a democracia e a participação popular na política.

A problemática que a pesquisa visa responder é: Como o novo constitucionalismo latino-americano pode contribuir à questão da crise de legitimidade da democracia brasileira?

Por meio do método dedutivo, inicia-se estudando a democracia brasileira, sobretudo a crise em que ela se encontra. Após, são abordados os fundamentos gerais do novo constitucionalismo latino-americano. Por fim, o presente trabalho imerge nas peculiaridades de cada texto constitucional pertencente a esse fenômeno, desnudando os canais de participação popular adotados pelos mesmos.

1. A CRISE NA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA BRASILEIRA

A democracia é a forma de governo pautada na soberania popular, na qual o povo tem papel fundamental nas decisões políticas do Estado. Desenvolvido na Grécia Antiga, o sistema democrático iniciou como uma forma de participação popular direta na política, sendo necessária a atuação dos cidadãos nas deliberações sobre diversos aspectos relativos à *polis*. Nesse modelo, a classe política tinha uma margem de atuação muito limitada, sendo subordinada às decisões dos cidadãos. Kierecz (2016, p. 362-363) anota que

> Era o povo quem elegia os governantes e quem tomava decisões importantes por meio da Assembleia (Ekklésia), como a celebração da paz e a edição de novas leis. O poder executivo era fraco e sujeito a confirmação periódica por um Conselho (Bulê). Os juízes eram designados por sorteio e sempre se podia recorrer de uma sentença para um tribunal popular (ephesis). Os governantes eram obrigados a prestar contas quando deixavam seus cargos e, de maneira ainda mais surpreendente, todo Cidadão podia se opor, na assembleia, a uma mudança da lei que violasse a lei maior da cidade, uma espécie de Constituição a que chamavam de politeia.

Com o passar do tempo, o modelo de democracia foi se modificando e se adequando às demandas que foram surgindo. O modelo de democracia representativa como é conhecido hoje em dia foi desenvolvido e disseminado no período pós-Guerra, contrapondo-se aos regimes autoritários existentes até então, como "uma forma de governo capaz de garantir os direitos fundamentais do cidadão" (PELLENZ; BASTIANI, 2015, p. 97-98).

Trata-se de um sistema mais adequado à realidade atual, se comparado à democracia direta, em virtude, principalmente, da própria dificuldade de se estabelecer um regime de participação popular direta, aos moldes da democracia ateniense, em um Estado de grandes proporções territoriais e muito populoso, com diversas complexidades e desigualdades de diversas ordens, que inviabilizariam uma prática mais intensa do povo na política do país (PELLENZ; BASTIANI, 2015; KIERECZ, 2016).

O Brasil adotou a democracia representativa, prevendo a participação da população na vida pública através do sufrágio universal, elegendo seus representantes nos Poderes Executivo e Legislativo, nas esferas municipais, estaduais e federais, ressalvadas as hipóteses de participação popular trazidas pela lei (PELLENZ; BASTIANI, 2015), "ou seja, nossa democracia deve ser exercida, conjuntamente, por representantes livremente eleitos pelo povo e, na medida do possível, diretamente pelos cidadãos" (AUAD *et al.,* 2004, p. 294).

Em que pese a participação popular na política ocorrer de forma indireta, por meio de representantes eleitos pelo povo, a Constituição Federal prevê mecanismos de consulta e participação popular além da eleição: o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular. Observa-se, no entanto, que,

embora o texto constitucional estabeleça o procedimento e as ocasiões nas quais estes instrumentos possam ser utilizados, na prática, esses mecanismos são raros, em descompasso com o princípio da soberania popular, positivado no art. 14 da CF (AUAD *et al.,* 2004). Essa subutilização dos mecanismos de participação popular contribui no distanciamento do cidadão de decisões sensíveis para a sociedade, fortalecendo sua apatia política, favorecendo, nesse cenário, o estabelecimento e o agravamento da crise da democracia representativa no Brasil.

Evidentemente, a falta de realização de plebiscito, referendo e iniciativa popular, por si só, não tem o potencial de gerar uma crise em todo o sistema democrático, mas aparece como um elemento concorrente para a crise em discussão. Resta analisar esse fenômeno, identificando suas causas e consequências, e traçando possíveis alternativas.

Como dito, o que se observa de uns anos para cá, especificamente no Brasil, é uma crise no sistema representativo no qual se funda a democracia contemporânea ocidental, gerando diversas repercussões na sociedade, como a desmoralização da classe política, o crescente engajamento do Poder Judiciário na esfera política – também chamado de ativismo judicial – e o desalinhamento entre os interesses da população e as ações de seus representantes no Legislativo e no Executivo.

Pode-se destacar como ponto de inflexão da atual crise na democracia brasileira as manifestações de junho de 2013, conhecidas como "Jornadas de Junho", que consistiram numa série de protestos de grandes proporções que se alastraram em diversas cidades do Brasil. Num primeiro momento, as manifestações tinham como principal bandeira a redução do preço das passagens de ônibus, sendo capitaneado pelo Movimento Passe Livre (MPL), que além desta pauta, lutava pelo direito à cidade e criticava o modelo democrático-representativo instaurado no país, propondo modelo participativo (SILVA, 2018).

Todavia, em um segundo momento, marcado pela saída do MPL da liderança das manifestações, em 20 de junho de 2013, ocorreu uma intensificação dos protestos e um aumento de uma descentralização das pautas levadas às ruas, sem que houvesse sincronia nas agendas, como ocorrera primeiramente. Assim, este segundo período das manifestações de 2013 teve reivindicações voltadas, principalmente, aos "ajustes no modelo democrático representativo e mudanças nas práticas políticas dos governan-

tes, seja pela melhor gestão dos recursos públicos e na qualidade dos serviços oferecidos à população seja no combate à corrupção" (SILVA, 2018, p. 100).

Mesmo não existindo um interlocutor definido nesta segunda onda de protestos, Silva (2018, p. 105) destaca a atuação dos meios de comunicação como norteadores dos temas das manifestações em direção ao combate à corrupção: "A pauta mais forte gerada nessa segunda onda de manifestações é a do combate à corrupção e a grande imprensa tornou-se porta voz e protagonista desta pauta".

Para Maria da Glória Gohn (2014, p. 65), o movimento refletia uma profunda desconfiança na política nacional, visando uma "revolução na forma de operar a política", haja vista não se sentirem "representados no plantel político institucional existente".

Há uma crise de representatividade, na qual o povo não se sente representado pelos representantes eleitos por ele próprio. Isso se deve, dentre outros fatores, ao conflito de interesses da população e da classe política, podendo considerar nesse ponto, a utilização da máquina pública para a fruição de interesses privados. Nesse sentido, pontuam Bastiani e Pellenz (2015, p. 102):

> Existe um déficit na identificação do povo com os eleitos porque geralmente o candidato à eleição mostra-se distante da realidade social. Os vínculos de confiança são difíceis de serem estabelecidos, resultando no desinteresse do povo pelo exercício da cidadania e pela participação política. […]. Diante de uma representação nestes moldes, o povo demonstra sua apatia nas urnas, através de voto nulo ou branco, questionando inclusive a obrigatoriedade do voto.

Esse distanciamento entre representante e representado é ainda mais destacado no Poder Legislativo, haja vista o protagonismo que o Executivo reivindica nas eleições, na busca pelo "messias político", como anota Kierecz (2016), centralizando as discussões da população acerca do candidato a ser eleito na disputa majoritária, marginalizando a disputa no Legislativo. Dessa forma, formou-se no imaginário popular a visão de que os representantes do Legislativo "não são nada mais do que intermediários

para obtenção de favores pessoais obtidos do Poder Executivo" (KIERECZ, 2016, p. 372-373).

Todavia, é evidente que a atual crise na democracia representativa não representa um momento excepcional na história republicana brasileira, mas sim mais um capítulo do pêndulo democrático, como conceitua Leonardo Avritzer (2018), que paira na democracia brasileira, com a alternância entre períodos democráticos e momentos de instabilidade institucional e de regressões da democracia.

Segundo o mencionado autor, baseando-se em Sérgio Buarque de Holanda, isso se deve pela insuficiência de elementos liberais na formação brasileira, implicando em uma dificuldade de se implementar uma ordem democrático-liberal no país. Assim, segundo Avritzer (2018, p. 278):

> Não conseguimos, entre 1946 e 2017 no Brasil, estabelecer uma estrutura razoável de vigência de direitos civis, supostamente aqueles que seriam os fundamentais na estruturação da ordem liberal democrática. [...] O processo de elaboração de Constituições no país, entre 1946 e 1988 ou mesmo antes, não trouxe um agiornamento mínimo em relação à vigência de direitos capaz de consolidar a ordem democrático-liberal. Assim, depois de certo período democrático, gera-se um período antidemocrático ou de tonalidade autoritária.

Além dos elementos já pontuados acima, Kierecz (2016) estabelece outros aspectos da crise na democracia representativa, tais como a perda da generalidade da lei, resultado da prevalência do interesse privado sobre o público, o que influencia os legisladores a fazerem leis cada vez mais específicas para atender demandas alguns segmentos. Indeterminação, complexidade e descrédito do direito, ou seja, a adoção de termos complexos e de difícil compreensão no texto legal, dificultando a interpretação das leis por boa parte dos cidadãos, além da criação de leis com pouca eficácia, servindo apenas para aliviar as pressões sociais sobre os legisladores; e a formação cidadã, também destacada por Bastiani e Pellenz (2015), sendo necessária a educação jurídica dos cidadãos, para fomentar o interesse em conhecer e participar da política, buscando assim reverter o quadro de apatia da população.

Portanto, observa-se que a democracia representativa brasileira se encontra em crise, seja por seu histórico de rupturas institucionais, oriundo de uma formação político-social que demonstrou insuficiência na garantia de uma ordem democrática, seja por fatores contemporâneos, como o desinteresse da população com os assuntos políticos, a disparidade entre os interesses dos cidadãos e as agendas políticas de seus representantes, e o afastamento da população de decisões políticas importantes, combinado com a inutilização dos mecanismos de participação popular trazidos pela Constituição Federal de 1988.

Desse modo, faz-se necessário revisitar as experiências democráticas de países que tiveram sucesso na aproximação das massas aos assuntos de grande relevância para a nação, conseguindo concretizar o princípio da soberania popular como vetor democrático, como ocorreu em alguns países da América Latina.

2. O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

José Luiz Quadros de Magalhães (2016, p. 52) argumenta sobre a iminente necessidade da Universidade, bem como demais entes que se dediquem à compreensão do mundo moderno, se debruçarem sobre as transformações que estão ocorrendo. Para o autor, o "mundo moderno – últimos quinhentos anos europeus – está se esgotando, e com este mundo muitas de suas criações". Trazendo o enfoque à luz da crise de representatividade da democracia brasileira, urge a necessidade de se inaugurar um debate acerca da problemática posta, sobretudo no que tange mecanismos de ampliação democrática, por meio de caminhos ou experiências que possam de alguma forma contribuir à questão. Essa contribuição, por sua vez, pode ser avistada em terras latinas.

Ao fim do século XX, e o alvorecer do século XXI, um incipiente fenômeno constitucional passa a ganhar forma na América Latina em decorrência de uma identidade entre os processos constituintes da Colômbia, Venezuela, Equador e Bolívia, sendo oportuno tecer comentários acerca de sua contextualização histórica.

Conforme discorre João Paulo Allain Teixeira (2016, p. 46), o modelo de Estado concebido na América Latina a partir dos processos de in-

dependência no século XIX, foi marcado por intensa exclusão dos povos originários e africanos, por meio de um sistema burocrático que atendia aos interesses da elite. O modelo constitucional latino-americano refletia um certo "transplante" do constitucionalismo originário europeu que, segundo o mesmo autor, apresentavam uma relação fundamental com a reprodução de uma lógica colonial (TEIXEIRA, 2016, p. 47). Esse processo, por seu turno, sedimentou a inexistência de constituições e estados materiais na região (REIS FILHO, 2018, p. 17) ou seja, que não guardavam verossimilhança com a realidade empírica latina, marcada por intensa desigualdade social, miséria e heterogeneidade cultural.

Nessa esteira, emerge o chamado "novo constitucionalismo latino-americano":

> Nasce a partir das experiências constitucionais de países da América Latina que passam a rever as pautas do constitucionalismo europeu tradicionalmente sedimentado na região e propõe novos olhares sobre os direitos fundamentais e sobre a organização do Estado (TEIXEIRA, 2016, p. 47).

Na mesma linha, para Roberto Viciano Pastor e Rubén Martínez Dalmau (2016, p. 24), em função da falta de habilidade do velho constitucionalismo em resolver os principais problemas sociais, o novo constitucionalismo latino-americano possibilitou formular certas características que objetivam a promoção da integração social, bem como maior bem-estar, e apresentou elementos que legitimem o exercício do poder constituído.

É flagrante a finalidade desses processos constitucionais, cada um à sua maneira, em romper com a velha ordem constitucional, por meio de uma "revolução" pelos meios institucionais, almejando ruptura com os resquícios da colonialidade. No âmbito da filosofia jurídica, essas constituições promoveram dissociação para com a antiga perspectiva eurocêntrica de pensar o Direito e o Estado para a América Latina, almejando a refundação de instituições, ideias e instrumentos jurídicos em favor dos interesses culturais e sociais da região: "encobertas e violentamente apagadas da sua própria história; quiçá, observa-se um processo de descolonização do poder e da justiça" (WOLKMER; FAGUNDES, 2011, p. 377).

Gustavo Ferreira Santos (2016, p. 20) argumenta que o novo constitucionalismo latino-americano se caracteriza por "constituições extremamente filtradas por exigências democráticas". Prossegue afirmando que o mesmo reflete o pluralismo existente na sociedade, bem como faz com que a participação política encontre "um conjunto muito grande de canais institucionais para se desenvolver". O protagonismo popular nos processos constitucionais se impõe de modo central nesse fenômeno, por meio de um processo constituinte permanente (PINHEIRO; BRAUN; FRANCESCHI, 2015, p. 49).

A genuína participação popular no desenho político e estrutural do estado emerge de modo central, não mais sendo marginalizada dos debates públicos nacionais, como se imperava outrora.

> A construção política do Estado e de seus aparatos jurídicos, antes um privilégio de setor social abastado e imposto ao povo, no atual momento inverte o percurso e brota do seio popular; a constituição deixa de nascer no âmbito exclusivista das minorias hegemônicas para atender ao chamado de outra forma de poder, multifacetado, diversificado, plural.
>
> Dessa forma, cabe destaque ao protagonismo popular, durante e depois do processo constituinte, conformado na mobilização social para formação do poder constituinte permanente, diferentemente do constitucionalismo tradicional em que o poder constituído se afasta da participação do povo (WOLKMER; FAGUNDES, 2011, p. 385).

Para Rúben Martinez Dalmau e Roberto Viciano Pastor (2010), o novo constitucionalismo latino-americano retoma o conceito de soberania, por intermédio de um texto constitucional em harmonia com a sua população, aprofundando a preocupação com a concretização dos direitos e garantias, bem como um avanço à uma democracia participativa.

As questões que circundam a temática de tal modelo democrático ganham presença fulcral, em um processo de "chamamento" à sociedade para integrar os espaços de ação e formação do estado, em uma relação intrínseca, por meio de importantes mecanismos de consulta que veremos adiante, vislumbrando-se o que Gustavo Ferreira Santos (2016, p. 20)

chama de "radical preocupação com a legitimidade". O grande diferencial do novo constitucionalismo latino-americano no que concerne a democracia, é a concessão de meios institucionais conectados com a população, para que a mesma possa decidir diretamente sobre determinados assuntos de ordem pública, fazendo política de modo integrado com seus representantes, sem, contudo, usurpar sua competência. Nota-se então, uma democracia que persegue um fim emancipatório frente ao modelo democrático que vigorava até então, que por sua vez demonstrou-se incapaz de se coadunar com a concretude latino-americana.

Para João Luiz Quadros de Magalhães (2016, p. 63), o conceito de democracia no novo constitucionalismo latino-americano foi além do vislumbrado pelos mecanismos representativos majoritários, cedendo espaço crescente para a construção de consensos. Sob a mesma perspectiva, Lênio Streck e Fábio Corrêa Souza de Oliveira lecionam que o movimento adota:

> [...] ferramentas de democracia participativa, direta. Iniciativa popular de emenda constitucional, revocatória del mandato, mandato e mesmo eleição direta para o tribunal constitucional (e judiciário), autoconvocação (iniciativa ciudadana) de plebiscito e referendo, imperiosidade de manifestação popular direta para reforma da constituição (STRECK; OLIVEIRA, 2016, p. 124-125).

Mostra-se flagrante a revolução institucional promovida pelo novo constitucionalismo latino-americano, destacando-se na presente pesquisa a temática atinente à democracia e representação aqui demonstrada de maneira geral, imperando-se, todavia, a necessidade de se imergir nas peculiaridades de cada texto constitucional pertencente a esse movimento.

3. MECANISMOS DE PARTICIPAÇÃO POPULAR NO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

Após compreender o movimento do novo constitucionalismo latino-americano, estudando seus fundamentos e as inovações trazidas, em comparação com o constitucionalismo de matriz europeia, urge a necessidade investigar como esses ideais foram incorporados nas constituições de alguns países da América Latina, analisando como esses mecanismos

apresentados nessas constituições contribuem em uma maior inserção da população na decisão de assuntos relevantes para o país.

A democracia boliviana se manifesta de modo participativo, representativo e comunitário, conforme discorre o artigo 11 de sua Constituição. A democracia direta e participativa se dará pela iniciativa legislativa cidadã, revogatória de mandato via referendo, a consulta prévia, bem como assembleias e conselhos em caráter deliberativo consoante a lei. A democracia representativa se fará presente por meio das eleições dos representantes, mediante voto secreto, direto e universal. Por fim, a democracia comunitária se apresentará por meio de escolhas de representantes, ou deliberações de normas, próprios dos povos indígenas e campesinos. Dessa forma, é notória a amplitude do "conjunto de instrumentos da democracia direta ou participativa da Constituição Boliviana", a qual apresenta-se "bem mais perto do povo, na qual este em conjunto toma efetivamente as decisões" (SIMÕES,2017, p. 149).

O artigo 95 da constituição equatoriana discorre que os cidadãos, individualmente ou coletivamente, protagonizarão as deliberações acerca da gestão de assuntos políticos, do controle popular das instituições, "*en un proceso permanente de construcción del poder ciudadano*".[53] Ato contínuo, o artigo 96 prevê o reconhecimento de todas as formas de organização da sociedade para, por meio destas haver uma manifestação da soberania popular a fim de

> *[…] desarrollar procesos de autodeterminación e incidir en las decisiones y políticas públicas y en el control social de todos los niveles de gobierno, así como de las entidades públicas y de las privadas que presten servicios públicos*[54] (EQUADOR, 2008).

Sobre o modelo democrático boliviano e equatoriano, Sandro Nery Simões (2017, p.140) discorre que ambos divergem do europeu, haja vista o núcleo central se fundar sobre a formação de consensos, e não sobre uma maioria prevalecendo sobre os demais. No mesmo sentido,

53 Em um processo permanente de construção do poder cidadão (tradução livre).

54 Desenvolver processos de autodeterminação e influenciar as decisões e políticas públicas e o controle social em todos os níveis de governo, assim como das entidades públicas e privadas que prestem serviços públicos (tradução livre).

constata-se que a "forma indígena assembleísta tem muito mais proximidade com a democracia direta do que com a democracia representativa" (2017, p. 141).

A constituição venezuelana em seu artigo 62, diz que os cidadãos possuem o direito de participar, seja direta ou indiretamente, dos assuntos públicos nacionais, haja vista a participação do povo na formação e controle da gestão pública imperar-se como o meio necessário para se estabelecer o protagonismo popular. O chamamento à participação popular é um dado imperativo, consoante o artigo 70, destinado aos modos de exercício da mesma:

> *[…] Son medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, en lo político: la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, las iniciativas legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas cuyas decisiones serán de carácter vinculante, entre otros; y en lo social y económico, las instancias de atención ciudadana, la autogestión, la cogestión, las cooperativas en todas sus formas incluyendo las de carácter financiero, las cajas de ahorro, la empresa comunitaria y demás formas asociativas guiadas por los valores de la mutua cooperación y la solidaridad*[55](-VENEZUELA,1999).

Conforme lecionam Lênio Streck e Fabio Corrêa Souza de Oliveira (2016, p. 127-128), a constituição venezuelana prevê referendos para determinadas questões, bem como para se revogar mandatos.

Em seu artigo 103, a Constituição da Colômbia dispõe que a soberania popular se imporá, por meio do voto, "*el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato*"[56].

55 São meios de participação e protagonismo do povo no exercício de sua soberania, politicamente: a eleição de cargos públicos, o referendo, a consulta popular, a revogação do mandato, as iniciativas legislativas, constitucionais e constituintes, o conselho aberto e a assembleia de cidadãos cujas decisões serão vinculativas, entre outras; e no social e econômico, as instâncias de atenção cidadã, autogestão, cogestão, cooperativas em todas as suas formas inclusive financeiras, bancos de poupança, empreendimentos comunitários e outras formas associativas pautadas nos valores do cooperação mútua e solidariedade (tradução livre).

56 O plebiscito, o referendo, a consulta popular, a reunião da cidade, a iniciativa legislativa e a revogação de mandato. (tradução livre).

Logo após, o artigo 104 diz que o presidente da república poderá consultar a população em decisões de transcendência nacional, cuja decisão terá caráter vinculante.

No que tange ao processo legislativo, bem como a reforma constitucional, nota-se grande diferença do modo pelo qual se impera na conjuntura brasileira, cuja participação direta popular mostra-se de certo modo irrelevante.

No caso boliviano, consoante ao artigo 411, a reforma dá-se de duas formas: a reforma total ou parcial. Uma reforma total é aquela que "*afecte a sus bases fundamentales, a los derechos, deberes y garantías, o a la primacía y reforma de la Constitución",*[57] vindo a ser provocada mediante referendo, que será convocado por iniciativa cidadã. Por outro lado, a reforma parcial poderá florescer mediante iniciativa popular "*con la firma de al menos el veinte por ciento del electorado",*[58] bem como por aprovação de dois terços da Assembleia Legislativa Plurinacional, sendo que em ambos os casos se faz necessário um referendo para aprovação. Para Gustavo Ferreira Santos (2016, p. 22), tais exigências de legitimação para se reformar o texto constitucional de certa forma "controlam" o Poder Constituinte, sem, no entanto, minorar a participação popular.

No Equador, a participação direta da população nos processos de reforma constitucional apresenta notável relevância, sendo em certos casos imprescindível. Sobre o narrado, anotam Roberto Viciano Pastor e Rubén Martínez Dalmau:

> *En el caso ecuatoriano, no sólo el pueblo puede directamente activar el poder constituyente, sino que la mayor parte —y la más relevante— de la Constitución no puede modificarse sin la aprobación en referéndum del pueblo ecuatoriano (artículo 441)*[59] [...] (PASTOR, DALMAU, 2010, p. 24).

57 Afete suas bases fundamentais, os direitos, deveres e garantias, ou o primado e reforma da constituição (tradução livre).

58 Assinado por pelo menos vinte por cento do eleitorado (tradução livre).

59 No caso equatoriano, não só o povo pode ativar diretamente o poder constituinte, mas a maior parte — e a mais relevante — da Constituição não pode ser modificada sem a aprovação em referendo do povo equatoriano (tradução livre).

Para se reformar a constituição, além da provocação por parte da Assembleia Nacional, concede-se a possibilidade de ser ativada mediante plebiscito convocado pelo presidente, por oito por cento do eleitorado. Para uma reforma parcial, ao fim das deliberações, se faz necessário um referendo popular, bem como pode-se alterar a constituição mediante uma assembleia constituinte ativada por um plebiscito. Lênio Streck e Fábio Corrêa Souza de Oliveira (2016, p. 128) destacam que a constituição equatoriana concede a possibilidade de se objetar lei ou ato administrativo mediante consulta popular, assim como, caso o legislativo não aprecie no prazo de até um ano proposta cidadã de reforma constitucional.

Conforme anota Gustavo Ferreira Santos (2016, p. 21), a constituição venezuelana prevê apenas duas formas de vir a ser modificada, sendo elas a emenda e a reforma. Em ambos os casos se faz necessário, findo o processo deliberativo, ser referendada, não podendo se alterar sua estrutura fundamental.

Há ainda a possibilidade de se propor emenda constitucional mediante "15% dos inscritos no registro civil e eleitoral", assim como, para lei comum, se prevê a iniciativa de 0,1% dos "inscritos no registro eleitoral permanente", o que reflete "dez vezes menos, em percentual, do que o quórum requerido pela constituição de 1988 e sem distribuição geográfica" (STRECK; OLIVEIRA, 2016, p. 128).

O texto constitucional colombiano em seu artigo 170 possibilita se revogar uma lei, por meio de solicitação de "*un número de ciudadanos equivalente a la décima parte del censo electoral",*[60] que convocará um referendo, sendo a lei revogada pela maioria simples dos votantes "*siempre y cuando participe en éste una cuarta parte de los ciudadanos que componen el censo electoral".*[61] No que tange as leis que resultaram de iniciativa popular, exige-se referendo para revoga-las, bem como para determinadas reformas na constituição (STRECK; OLIVEIRA, 2016, p. 126).

60 Um número de cidadãos equivalentes a décima parte do censo eleitoral (tradução livre).

61 Sempre e quando um quarto dos cidadãos que compõem o censo eleitoral participem dele (tradução livre).

CONCLUSÕES

O Brasil enfrentou diversas crises em seu sistema democrático durante toda a sua história republicana. Este fato acarretou uma sequência alternada de períodos de continuidade democrática e de ruptura institucional, tornando o ambiente político-social brasileiro inseguro e incerto.

O país sofre atualmente os efeitos de uma crise de legitimidade que teve como marco as manifestações de 2013, evento no qual a população demonstrou seu descontentamento com o modelo de democracia representativa e sua vontade de participar de forma ativa das questões políticas do Brasil. Dentre as características da atual crise de representatividade, pode-se destacar a incompatibilidade entre os anseios populares e as ações da classe política, gerando o descrédito e a desconfiança desta. A partir disso, recorreu-se ao estudo do novo constitucionalismo latino-americano, movimento marcado pela convergência de valores entre constituições de países da América Latina, promulgadas na virada do século XX para o século XXI, tendo como um de seus alicerces o reconhecimento da legitimidade da vontade popular nas principais decisões do país, atribuindo um modelo de democracia participativa.

Sequencialmente, foram destacados alguns dispositivos de constituições que representam o novo constitucionalismo latino-americano, tais como a da Bolívia, da Colômbia, do Equador e da Venezuela, constatando o giro principiológico que este movimento provocou no direito constitucional da América Latina, refletindo em uma mudança na forma de se pensar a estrutura do Estado e a organização política para o país.

Com isso, entende-se que o novo constitucionalismo latino-americano traz valiosas lições que podem ser aproveitadas no constitucionalismo brasileiro, a fim de aliviar a crise de representatividade na democracia, através da legitimação da soberania popular, princípio previsto na Constituição Federal de 1988, efetivando os mecanismos de participação popular e ampliando o seu alcance, trazendo a vontade do povo no cerne das questões de relevância nacional.

REFERÊNCIAS

AUAD, Denise *et al*. Mecanismos de participação popular no brasil: plebiscito, referendo e iniciativa popular. **Revista Brasileira de Direi-**

to Constitucional. n. 3, p. 291-323, jan./jun. 2004. Disponível em: http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/73/73. Acesso em: 31 mar. 2021.

AVRITZER, Leonardo. O pêndulo da democracia no Brasil: uma análise da crise 2013–2018. **Novos Estudos CEBRAP**. São Paulo, v. 37, n. 2, p. 273-289, mai./ago. 2018. Disponível em: https://www.scielo.br/pdf/nec/v37n2/1980-5403-nec-37-02-273.pdf. Acesso em: 31 mar. 2021.

BASTIANI, Ana Cristina Bacega de; PELLENZ, Mayara. Pós constituição federal de 1988: a democracia representativa está em crise? **Revista Videre**. Dourados, v. 7, n. 13, p. 92-108, jan./jun. 2015. Disponível em: https://ojs.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/view/4806/2612. Acesso em: 31 mar. 2021.

BOLÍVIA. **Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolívia.** 2009. Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_bolivia.pdf. Acesso em: 02 zbr. 2021.

COLÔMBIA. **Constitución Política de Colômbia**. 1991. Disponível em: https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf. Acesso em: 02 abr. 2021.

ECUADOR. **Constitución de la República del Ecuador**. 2008. Disponível em: https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf. Acesso em: 02 abr. 2021.

GOHN, Maria da Glória. **Manifestações de junho de 2013 e praças dos indignados no mundo.** Petrópolis-RJ: Vozes, 2014.

KIERECZ, Marlon Silvestre. A crise da democracia representativa no Brasil. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS**. Porto Alegre, v. 11, n. 2, p. 360-385, 2016. Disponível em: https://www.seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/61967/39965. Acesso em: 31 mar. 2021.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Democracia e constituição: a alternativa plurinacional boliviana. In: SANTOS, Gustavo Ferreira; STRECK, Lenio Luiz; ARAÚJO, Marcelo Labranca Corrêa de

(Orgs.). **Direitos e democracia no novo constitucionalismo latino-americano**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.

PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martinez. Los processos constituyentes latino-americanos. **IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.**, Puebla, n. 25, p. 7-29, maio, 2010. Disponível em: https://www.redalyc.org/pdf/2932/293222977001.pdf. Acesso em: 02 abr. 2021.

PASTOR, Roberto Viciano. El nuevo constitucionalismo latino-americano: Fundamentos para uma construcción doctrina. In: SANTOS, Gustavo Ferreira; STRECK, Lenio Luiz; ARAÚJO, Marcelo Labranca Corrêa de (Orgs.). **Direitos e democracia no novo constitucionalismo latino-americano**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.

PINHEIRO, Anderson Tadeu; BRAUN, Helenice; FRANSCESHI, Ligiane. Novo Constitucionalismo Latino-americano: Cidadania e Justiça Comunitária. In: WOLKMER, Antonio Carlos; CAO-VILLA, Maria Aparecida Lucca (Orgs.). **Temas atuais sobre o constitucionalismo latino-americano.** São Leopoldo: Karywa, 2015. Disponível em: https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/332/o/novo-constitucionalismo2.pdf. Acesso em: 02 abr. 2021.

REIS FILHO, José Wilson. **Possibilidades e limites dos mecanismos de democracia participativa no Brasil a partir do novo constitucionalismo latino-americano: um estudo comparado com Equador e Bolívia**. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica). Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, Universidade Estadual do Norte do Paraná. Jacarezinho-PR, p. 245. 2020.

SANTOS, Gustavo Ferreira. Poder constituinte e poder de reforma no "novo constitucionalismo latino-americano": As lições que podemos tirar. In: SANTOS, Gustavo Ferreira; STRECK, Lenio Luiz; ARAÚJO, Marcelo Labranca Corrêa de (Orgs.). **Direitos e democracia no novo constitucionalismo latino-americano**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.

SILVA, Daniel Pinha. Junho de 2013: crítica e abertura da crise da democracia representativa brasileira. **Revista Maracanan.** Rio de Janeiro, n. 18, p. 83-110, jan-jun. 2018. Disponível em: https://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/maracanan/article/view/31322/23100. Acesso em: 03 abr. 2021.

SIMÕES, Sandro Nery. **Estado moderno e constitucionalismo plurinacional andino.** Curitiba: Juruá, 2017.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Fabio Corrêa Souza de. Reflexões sobre o novo constitucionalismo latino-americano. Termo In: SANTOS, Gustavo Ferreira; STRECK, Lenio Luiz; ARAÚJO, Marcelo Labranca Corrêa de (Orgs.). **Direitos e democracia no novo constitucionalismo latino-americano**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.

TEIXEIRA, João Paulo Allain. Direitos fundamentais e constituição: As respostas do neoconstitucionalismo europeu e do novo constitucionalismo latino-americano. In: SANTOS, Gustavo Ferreira; STRECK, Lenio Luiz; ARAÚJO, Marcelo Labranca Corrêa de (Orgs.). **Direitos e democracia no novo constitucionalismo latino-americano**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.

VENEZUELA. **Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.** 1999. Disponível em; https://pdba.georgetown.edu/Parties/Venezuela/Leyes/constitucion.pdf. Acesso em: 02 abr. 2021.

WOLKMER, Antonio Carlos; FAGUNDES, Lucas Machado. Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico. **Revista Pensar.** Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 371-408, julho/dezembro, 2011. Disponível em: https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2158/1759. Acesso em: 02 abr. 2021.

A INCONSTITUCIONALIDADE DA PROIBIÇÃO DE PRÁTICA DE PROPAGANDA NEGATIVA PELO ELEITOR COMUM

Lucas Felipe de Oliveira Soares[62]
Rodolfo de Assis Ferreira[63]

INTRODUÇÃO

Foi proferida recentemente uma decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) a respeito de declarações do ex-ministro do Meio Ambiente Carlos Minc (PSB-RJ) sobre o então candidato Jair Messias Bolsonaro, durante as eleições de 2018. As declarações são as seguintes:

> Machista, homofóbico, antiecologia, racista, truculento. Tem sete mandatos, votou a favor de mordomias de deputados e diz não ser político. Defende ditadura, tortura, fim de políticas sociais. É contra tudo isto que está aí. E tem 16%. Há que se combater resistir contra o retrocesso (SANTOS, 2020).

62 Graduado em Direito pela Doctum - Caratinga/MG. Advogado.

63 Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional (PUC-RIO); Especialização em Direito Tributário (Anhanguera); Graduação em Direito (UFJF); Membro do Grupo de Pesquisa sobre Liberdade de Expressão no Brasil (PLEB-PUC-Rio); Advogado e Professor de Direito da Rede de Ensino Doctum.

A juíza da vara cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) julgou improcedente o pedido de indenização por danos morais, sob o argumento de que o réu agiu fazendo referência a vários fatos verdadeiros e, demais, que exercia seu direito de crítica, protegido pela liberdade de expressão (SANTOS, 2020).

Indaga-se: e se a declaração fosse feita pelo mesmo ex-ministro, supondo que não fosse filiado a qualquer partido político, e tivesse sido questionada junto à Justiça Eleitoral durante o período eleitoral? Estaria sujeito a algum tipo de sanção ou medida por parte de juízes eleitorais?

A resposta a esta pergunta envolve o tema da propaganda negativa por parte do eleitor. Este artigo não visa tratar diretamente do caso acima, mas de elementos abstratos e gerais quando a propaganda negativa é feita por eleitor. A legislação eleitoral em vigência contém dispositivos que vedam a prática de propaganda eleitoral negativa a todos, inclusive eleitores.

O artigo é fruto de pesquisa teórico-dogmática, decorrente de análise de referências (legislação, decisões judiciais, escritos jurídicos), e envolve os ramos do Direito Constitucional e do Direito Eleitoral. Tem o objetivo de apresentar a compatibilidade da incidência dessas proibições aos eleitores e potenciais mecanismos do controle de constitucionalidade para rechaçar tais proibições. Aborda-se a regulamentação da propaganda negativa no Brasil, a sua relação com a liberdade de expressão, apresenta exemplos em que o judiciário lidou com a restrição de propaganda negativa por parte do eleitor, expõe argumentos para considerar que a regulação dirigida ao eleitor é inconstitucional e os mecanismos de tutela processual constitucional dessa inconstitucionalidade.

1. A REGULAMENTAÇÃO DA PROPAGANDA NEGATIVA NO BRASIL

No presente tópico, apresenta-se o conceito e a regulamentação da propaganda negativa no Brasil. O termo "propaganda" pode ser entendido como um meio de comunicação em massa em que são difundidas informações, crenças e ideias com o intuito de obter adesão dos destinatários da mensagem transmitida, seja para a criação de imagens positivas, seja para a criação de imagens negativas do objeto da comunicação propagada (GOMES, 2020, p. 703).

A doutrina brasileira comumente define a propaganda política como a veiculação de concepções ideológicas que objetiva a obtenção ou a manutenção do poder estatal, ou comunicar ao povo os atos da administração estatal (GOMES, 2020, p. 707), e a divide em partidária[64], intrapartidária[65], institucional[66] e eleitoral. Dentre essas, a propaganda política-eleitoral corresponde a todas as formas de propaganda política com repercussão na disputa eleitoral (TERRA, 2018, p. 235).

A propaganda negativa é o conjunto de mensagens que tem por objeto associar conceitos negativos a determinado candidato a cargo político, apontando os seus defeitos, erros e pontos fracos (STEIBEL *apud* TERRA, 2018, p. 311). "Os fatos que a embasam podem ser total ou parcialmente verdadeiros, e até mesmo falsos" (GOMES, 2020, p. 721). Tal propaganda pode ser veiculada pela imprensa escrita, pelo rádio e televisão e *internet*, entre outros meios.

Os artigos 243, IX, 324, 325 e 326 do Código Eleitoral, bem como os artigos 53, §§1º, e 58 da Lei das Eleições, são as fontes das proibições da propaganda negativa. Esses textos normativos dispõem que a propaganda negativa pode ser um crime, uma infração eleitoral/administrativa, ou, eventualmente, um ilícito civil, a depender do conteúdo do proferimento, do efeito, do atingido, do meio utilizado etc. Há inúmeras sanções e consequências previstas[67], tais como multas, suspensão do direito de veiculação de propaganda eleitoral, suspensão e remoção de conteúdo, direito de resposta, pena privativa de liberdade entre outras (TERRA, 2018, p. 328).

A legislação eleitoral brasileira veda a propaganda eleitoral negativa quando ofender a honra de candidato a cargo político, não distinguindo

64 Propaganda partidária é aquela entre o partido e a sociedade. Destina-se à divulgação "de ideias e do programa de cada partido político" (TERRA, 2018, p. 236).

65 A propaganda intrapartidária é realizada "no âmbito interno da agremiação partidária, pelo postulante a candidatura a cargo eletivo, quinze dias antes da realização das convenções, com o afã de indicação de seu nome como pré-candidato e concorrer a um determinado cargo" (ALMEIDA, 2017, p. 360).

66 A propaganda institucional é a comunicação que o Estado, a Administração Pública e seus órgãos estabelecem com a sociedade (GOMES, 2020, p. 712).

67 Uma dentre essas proibições alcançava órgãos de imprensa, mas foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.451 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal – ADI nº 4.451).

se a crítica é emitida por eleitor, órgão de imprensa, partido político ou candidato (OSÓRIO, 2017, p. 238). Essas normas poderiam até ter sua constitucionalidade questionada em abstrato, por serem violadoras da liberdade de expressão. Mas o questionamento neste estudo é relacionado a um ponto singular: a inconstitucionalidade da sua incidência em relação aos eleitores ordinários, aqueles que não são políticos profissionais, nem são candidatos no pleito.

Parte da doutrina argumenta que a tolerância quanto às manifestações dos eleitores no cenário político-eleitoral deve ser a mais ampla possível, sob pena de se tolher a liberdade de expressão e vulnerar a democracia, que exige o amplo debate de ideias, razão pela qual a propaganda negativa realizada por esses cidadãos não poderia ser qualificada como irregular (OSÓRIO, 2017, p. 238).

Nesse cenário, vislumbra-se a possibilidade de utilização do controle de constitucionalidade para lidar com tal proibição inconstitucional, seja com a declaração de inconstitucionalidade total dos dispositivos, seja com a declaração da inconstitucionalidade parcial sem redução de texto das normas acima referidas, quando se pretender aplicá-las ao eleitor, seja com a realização da interpretação conforme. A primeira alternativa invalidaria as normas decorrentes dos dispositivos, a segunda elegeria as interpretações dos dispositivos a partir da constituição e a terceira afastaria a aplicação das proibições aos eleitores, todas com fundamento em normas constitucional[68].

Realizados esses apontamentos iniciais, deve-se dissertar sobre a importância da liberdade de expressão e, especificamente, sua importância no campo eleitoral, visto que a vedação à propaganda negativa produz efeitos nesse direito fundamental.

2. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO CENÁRIO POLÍTICO-ELEITORAL

A liberdade de expressão é um direito fundamental, decorrente do artigo 5º, IV, combinado com o 220, *caput*, ambos da Constituição Federal. Mais que um direito fundamental, a liberdade de expressão é um direito humano, e, como tal, é protegido pela Declaração Universal de Direitos

68 Para aprofundamento sobre as diferenças e particularidades a respeito da interpretação conforme e da inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, ver Assis (2019).

Humanos (DUDH) e outros diplomas internacionais como o Pacto sobre Direitos Civis e Políticos (PDCP) e a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH).

Em termos conceituais, conforme Nuno e Sousa, a liberdade de expressão:

> [...] consiste no direito à livre comunicação espiritual, no direito de fazer conhecer aos outros o próprio pensamento [...]. Abrange-se todas as expressões que influenciam a formação de opiniões: não só a própria opinião, de caráter mais ou menos crítico, referida ou não a aspectos de verdade, mas também a comunicação de fatos (informações) (SOUSA, 1984, p. 137).

Essa liberdade não acolhe somente as opiniões supostamente verdadeiras, agradáveis ou admiráveis, mas também as críticas, as opiniões "duvidosas, exageradas, condenáveis, satíricas, humorísticas, bem como as não compartilhadas pelas maiorias [...] mesmo as declarações errôneas" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal – ADPF nº 548, p. 40).

Em geral, argumenta-se que a livre expressão deve ser protegida porque "produz benefícios tangíveis de algum gênero, seja em termos de felicidade pessoal acrescida, ou uma sociedade próspera, ou mesmo benefícios econômicos" (WARBURTON, 2015, p. 25); e também que a liberdade é um valor em si mesmo (WARBURTON, 2015, p. 26). A proteção da liberdade de expressão como instrumento essencial para o funcionamento da democracia tem sido reconhecida por decisões do STF (BUCCI, 2018, p. 49), tais como no voto da Ministra Cármen Lúcia no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 548 (2020, p. 23) e no voto do Ministro Luís Roberto Barroso na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.815 (2015, p. 146-147).

Essa relação entre proteção da liberdade de expressão e democracia - que, inclusive, é reconhecida pelo STF, tal como no voto de Carmen Lúcia na ADPF nº 548 (2020, p. 38) - se conecta à regulação de campanhas eleitorais e das eleições, pois

> [...] numa democracia, os eleitores têm interesse em escutar e contestar uma grande diversidade de opiniões e ter acesso a fatos e

> interpretações, bem como a perspectivas contrastantes, mesmo quando acreditam que as perspectivas expressas são política, moral ou pessoalmente ofensiva" (WARBURTON, 2015, p. 11).

O debate público durante período eleitoral é imprescindível para o processo de escolha dos representantes. Tal debate não se interrompe fora do período eleitoral, inclusive durante as campanhas eleitorais é mais importante ainda: possibilita que sejam divulgadas as informações sobre as ideias, os candidatos, e também a crítica a eles. Nesse sentido, a difusão de ideias negativas sobre um candidato ou agremiação é um mecanismo para fornecer subsídios úteis ao eleitor para a escolha do voto e, portanto, deveria ser abarcada pela proteção conferida à liberdade de expressão no campo político (TERRA, 2018, p. 355-356). Eventuais sanções decorrentes do fato de o eleitor comum ter manifestado suas ideias, opiniões, juízos de valor e críticas, sobretudo aos candidatos, ainda que essas manifestações sejam incômodas e duras, bem como sejam proferidas em tom exaltado e até mesmo ofensivas, implicaria em restringir a liberdade de expressão do ambiente político. Disso não se infere, entretanto, que não cabem limitações ou restrições ao exercício da liberdade de expressão. A questão é que essas regulações e restrições devem ser compatíveis com a Constituição e respeitar a posição preferencial da liberdade de expressão no cenário político-eleitoral, sob o risco de inconstitucionalidade.

Partindo dessa premissa, de que o padrão é a proteção da liberdade de expressão e, excepcionalmente, a sua restrição, os dispositivos da Lei das Eleições e do Código Eleitoral com conteúdo cerceador do debate político merecem interpretação restritiva, tendo validade apenas se compatíveis com as garantias de liberdade de manifestação do pensamento, divulgação de ideias e de reunião dos cidadãos (BRASIL, STF, ADPF nº 548, p. 15 e 37-38).

3. A PROPAGANDA NEGATIVA SOB A ÓTICA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NOS TRIBUNAIS

Apesar da conexão entre liberdade de expressão, democracia e campanhas eleitorais, a regulação concreta da propaganda negativa é sujeita a variações quando se observa o julgamento de casos concretos. Para de-

monstrar isso, abaixo são colacionados alguns casos para ilustrar como os tribunais brasileiros se posicionam sobre o tema.

Durante as eleições de 2012, uma eleitora publicou em seu perfil do *Twitter* (MINAS GERAIS, TRE-MG, RE 283-52): "Continuação da (sic) Acórdão da Ação Penal contra Durval defende bandido. Tá aí a prova de que além de defender bandido, o candidato do PT Tb o é!". O candidato a prefeito, Durval Ângelo, acreditando que a publicação era ofensiva, ajuizou representação em desfavor da eleitora, sendo deferido o pedido de remoção do conteúdo e concedido o direito de resposta em primeira instância.

A eleitora recorreu, alegando o exercício à liberdade de expressão, e que não possui conhecimento técnico jurídico específico para distinguir um acórdão de recebimento de denúncia para um de condenação. Ademais, argumentou que criminoso e delinquente são termos jurídicos para denominar quem comete crime. Para o leigo, é bandido ou ladrão.

O Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais (TRE-MG), quando julgou o Recurso Eleitoral, entendeu que a divulgação possuía conteúdo inverídico, configurando propaganda negativa, haja vista que ultrapassava o limite de manifestação de pensamento e concedeu direito de resposta ao candidato.

Em outro caso, o eleitor Rafael Gonçalves Mendes publicou no Twitter (MINAS GERAIS, TRE-MG – RE nº 240-18): "#Volta Ademir pro Sarcofago (sic) de onde vc (sic) saiu #AdemirNuncaMais". O indivíduo citado na mensagem era candidato a prefeito de Contagem/MG e, se sentindo ofendido com o teor da publicação, ajuizou representação pleiteando a remoção da postagem e o deferimento do pedido de direito de resposta, o que foram concedidos em primeira instância. O eleitor recorreu da decisão, sob o argumento de que a mensagem resulta do direito fundamental à liberdade de expressão e pensamento, tratando-se de crítica política. Submetido o caso à apreciação do TRE-MG, o Tribunal entendeu que crítica a candidato é protegida pela liberdade de manifestação do pensamento.

O Tribunal Superior Eleitoral (TSE), no julgamento do Agravo Regimento no Recurso Especial Eleitoral nº 4.051, entendeu que críticas políticas, mesmo que incisivas, desabonadoras e veementes, fazem parte do jogo democrático e são protegidas pela liberdade de expressão, não justificando a intervenção da Justiça Eleitoral, que deve ser mínima nes-

ses casos (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral - Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 4.051).

Ao apreciar o Recurso Especial Eleitoral nº 186.819, entretanto, entendeu que se o eleitor critica anonimamente e profere ofensas pessoais, a liberdade de expressão deve ser restringida e cabe responsabilização. Logo, se eleitor cria página anônima no Facebook para fomentar críticas à atual administração municipal e aos candidatos da situação, responde por seu conteúdo em razão do anonimato empreendido (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral – Recurso Especial Eleitoral nº 186.819).

Em recente julgado, o Tribunal Regional Eleitoral do Paraná (TRE-PR), ao julgar uma representação proposta pelo Deputado Federal Aliel Machado (PSB-PR) contra o Movimento Vem Pra Rua, julgou improcedente o pedido de remoção de uma publicação que o criticava e o pedido de pagamento de multa por propaganda negativa. A postagem apresentava uma foto do representante e sinais negativos pelo fato dele ter votado contra o *impeachment* da ex-presidente Dilma Rousseff, contra o fim do imposto sindical e contra a PEC do teto de gastos. Embora a propaganda não tenha sido divulgada por eleitor, o caso merece destaque porque, ao apreciar a questão o Desembargador Rogério Assis, relator do caso, enfatizou que a legislação eleitoral não visa proibir a liberdade de informação ou de expressão, mas inibir abusos e é por esse motivo que a propaganda eleitoral na *Internet* sofre restrições (PARANÁ, TRE-PR, Representação nº 0602196-11.2018.6.16.0000).

Os julgados ilustram uma suposta oposição entre direito de crítica política legítima e propaganda negativa, além de a proteção à manifestação do eleitor variar de acordo com a veracidade ou não da informação difundida e haver ou não anonimato. O que não fica claro é o critério para distinguir crítica política de propaganda negativa e as razões da distinção. Tal distinção é feita de forma genérica e casuística.

4. POR QUE A RESTRIÇÃO DA PROPAGANDA NEGATIVA ATINGIR O ELEITOR É INCONSTITUCIONAL?

A doutrina apresenta vários argumentos para se restringir a propaganda negativa: porque esse tipo de discurso é enganoso e menos valioso ao debate político, ao passo que foge à ideia de moralização da política, de

eleições limpas e de discussões de propostas concretas, sem troca de ofensas, amplia a polarização, alienação, cinismo e desconfiança do eleitorado (OSÓRIO, 2017, p. 228); porque o exercício do direito de crítica não está necessariamente associado à propaganda negativa; que durante o período eleitoral e com intenção eleitoral, a propaganda negativa seria abuso de direito (SCARPINO JR., 2012). Em síntese, fundamentam-se as proibições para assegurar a igualdade de oportunidades na disputa eleitoral, para manter um nível mínimo de qualidade do debate, para proteger a honra dos candidatos.

Mas há argumentos para não se proibir a propaganda negativa: seria uma regulação de manifestação de pensamento imprecisa, violando a liberdade de expressão (RICHARDSON *apud* TERRA, 2018, p. 318); a propaganda negativa tem um papel informativo ao eleitor, pois permite ver seus pontos fracos dos candidatos (MAYER, 1996, p. 441); que a liberdade de expressão tem posição preferencial em detrimento da honra, especialmente em relação ao discurso político (OSÓRIO, 2017, p. 236); que a crítica, mesmo ácida, é da essência da disputa eleitoral, da democracia, do debate político (OSÓRIO, 2017, p. 228-229); que a propaganda negativa favorece o controle social e é o mecanismo imprescindível para o exercício do direito de oposição política (OSÓRIO, 2017, p. 230); e que aqueles que concorrem a cargos políticos são pessoas públicas, se sujeitando a escrutínio constante da sociedade (BUCCI, 2018, p. 64).

Esses são argumentos genéricos a respeito das proibições. Entretanto, a proibição de propaganda negativa ao eleitor poderia ser tratada singularmente: é que poderia se considerar, por exemplo, constitucional a proibição de propaganda negativa aos candidatos, mas reconhecer que a proibição ao eleitor é incompatível com a constituição. Ao utilizar esse raciocínio, é importante considerar os três fundamentos para proibição da propaganda negativa, mas em relação ao eleitor, além de eventuais objeções.

O primeiro fundamento é o de que a proibição de propaganda negativa tem o objetivo de manter a competição eleitoral com isonomia. Regra geral, essa exigência não pode ser instrumentalizada restringindo o discurso político do eleitor, e deveria atingir apenas candidatos e partidos, além daqueles que têm um dever de imparcialidade, como órgãos

de imprensa e agentes públicos no exercício da função. É que o direito do eleitor de participar do processo eleitoral envolve direito de influenciá-lo em favor do candidato A ou candidato B. Eventual proibição de propaganda negativa por parte do eleitor funcionaria como uma restrição do seu direito constitucional de participação discursiva no processo político.

O segundo fundamento é o de a regulação da propaganda negativa tende a manter o debate eleitoral num mínimo patamar de qualidade. É no mínimo empiricamente controverso se a proibição do eleitor praticar propaganda negativa causalmente contribui para a manutenção desse patamar mínimo de qualidade. Além disso, o eleitor tende a ser parcial (HUEMER, 2016) e desinformado (BRENNAN, 2016) e a atribuição dessa responsabilidade jurídica funciona como uma exigência ideal, irrealizável. Ademais, a regulação com base no conteúdo da ideia é problemática, visto que imprecisa e porque defere às autoridades eleitorais o poder de chancelar qual discurso do eleitor sobre candidatos é legítimo e qual não é, controlando o conteúdo das manifestações da sociedade civil e não apenas dos participantes do pleito.

O terceiro fundamento é de que a regulação da propaganda negativa gera a proteção da honra dos candidatos em face de ataques e ofensas e críticas abusivas. Apesar de a Constituição prever a proteção da honra, autoridades públicas e candidatos estão sujeitos a maior escrutínio do que o restante da população, especialmente no processo eleitoral. Mesmo que se considere que a honra de autoridades públicas seja um valor importante, em primeiro lugar, não deveria ser tutelada pela legislação eleitoral, especialmente porque há outros ramos do direito que podem ser mais propícios à tutela da honra. Em segundo, lugar, mesmo que fosse tutelado pelo Direito Eleitoral, não deveria atingir o eleitor, tendo em vista que o processo eleitoral é o momento mais significante em termos de sua possibilidade de participação: é o momento em que há gente disposta a ouvi-lo, é o momento em que sua crítica pode inclusive chamar mais atenção, é o momento em que ele pode direcionar sua atenção para pontos que normalmente não são considerados como relevantes.

É por essas razões que a vedação à propaganda negativa não poderia alcançar as opiniões e manifestações políticas dos eleitores comuns, constituindo uma restrição inconstitucional à liberdade de expressão.

5. A INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO À PROPAGANDA NEGATIVA POR ELEITORES E TUTELA PROCESSUAL CONSTITUCIONAL ABSTRATA

Partindo da premissa de que o processo eleitoral é o momento mais propício à participação do eleitor e que, em geral, deve-se priorizar a proteção do exercício da sua liberdade de expressão, mesmo nas manifestações com críticas duras e ácidas a candidatos e partidos, deve-se considerar quais são os mecanismos de tutela jurisdicional do processo constitucional hábeis a garantir tal pretensão. Ou seja, admitindo-se que há inconstitucionalidade da restrição à propaganda negativa veiculada pelo eleitor, considera-se quais seriam as medidas de controle de constitucionalidade para solucionar tal questão. Três alternativas serão consideradas: a declaração de inconstitucionalidade total, a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto e a interpretação conforme a constituição.

A declaração da inconstitucionalidade total das normas derivadas dos artigos 243, IX, 324, 325 e 326 do Código Eleitoral, e do artigo 58 da Lei das Eleições implicaria uma lacuna para regular a propaganda negativa em face de qualquer agente do processo eleitoral, seja candidato, seja eleitor, seja imprensa etc. Apesar de a tese ser plausível considerando a posição preferencial da proteção da liberdade de expressão, ela dependeria de uma série de considerações muito mais controversas e dependeria da consideração de uma série de consequências muito mais amplas.

A inconstitucionalidade parcial sem redução de texto[69] é uma técnica de pronúncia de nulidade em que se mantém o enunciado normativo intacto, porém restringe-se alguma (ou algumas) das hipóteses de incidência da norma (AGRA, 2018, p. 728).

As normas prescritivas são aquelas que regulam a conduta de seus destinatários por meio de uma ordem, autorização ou permissão, dizendo o que é obrigatório, o que é proibido e o que é permitido. São elementos das prescrições: a) caráter, b) conteúdo, c) condição de aplicação, d) autoridade, e) sujeito, f) ocasião, g) promulgação e h) sanção (NINO, 2010, p. 81-82).

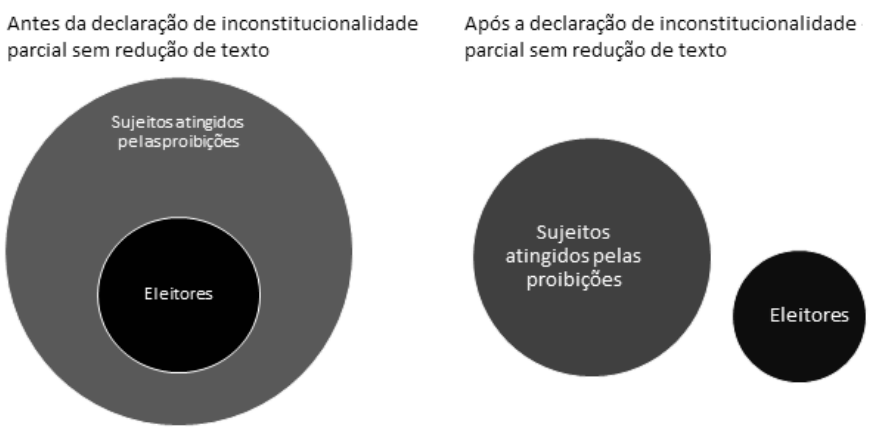
69 As duas alternativas restantes têm sido confundidas por doutrina e até mesmo pela própria jurisprudência do STF e diferenciá-las não é uma tarefa fácil. Para ver uma análise dos conceitos aprofundada, veja Assis (2019).

É possível reduzir o âmbito de aplicação dessas normas, por exemplo, reduzindo o universo de sujeitos atingidos. Em outras palavras, atinge-se determinado número de pessoas inseridas no âmbito de validade pessoal do dispositivo legal, de modo inválido, dada a sua incompatibilidade com a Constituição, sendo, contudo, válido em relação às demais (TAVARES, 2020, p. 403). Ou seja, o que ocorreria seria uma redução da incidência das normas acima mencionadas, impedindo-se que elas fossem aplicadas aos eleitores.

Os artigos 243, IX, 324, 325 e 326 do CE, bem como o artigo 58 da Lei das Eleições, por sua generalidade, vedam a prática de propaganda negativa por eleitores, partidos políticos, candidatos e órgãos de imprensa, bem como estabelecem diversas sanções para essa prática.

Essas normas prescritivas poderiam ser inconstitucionais quanto a um de seus sujeitos normativos (destinatários), qual seja, os eleitores comuns (aqueles que não são candidatos nem estão a serviço da máquina pública ou não têm dever de imparcialidade), tendo em vista o direito fundamental à liberdade de expressão. Na situação em questão, seria possível manter a proibição de propaganda negativa, mas decidir que ela não poderia incidir sobre o eleitor comum.

QUADRO - INCIDÊNCIA DAS DISPOSIÇÕES QUE PROÍBEM PROPAGANDA NEGATIVA



Fonte: os autores.

Tal alternativa, entretanto, enfrenta uma objeção: o reconhecimento da derrotabilidade constitucional da norma em relação a eleitores e cidadãos que não são candidatos poderia funcionar para estimular algum tipo de conluio ou organização dirigida à difamação fraudulenta de candidatos[70], ou estimular casos em que eleitores supostamente comuns, mas que são representantes, "laranjas" de candidatos adversários, fazem campanhas difamatórias. O risco é real e, dado que o processo eleitoral é altamente competitivo, o reconhecimento de uma imunidade total do eleitor comum à proibição de propaganda negativa poderia funcionar como um estímulo à disseminação de informações falsas.

A interpretação conforme a constituição é a técnica utilizada quando é possível derivar de um ato normativo infraconstitucional mais de um significado, em razão de indeterminação semântica, cabendo ao intérprete utilizar aquele que é mais compatível com a constituição (MENDES; BRANCO, 2018, p. 144) [71]. Com base nas proibições de propaganda negativa, há uma série de fatores avaliativos que permitem mais de uma interpretação, cabendo, portanto a interpretação conforme como mecanismo de tutela do processo constitucional para a situação do eleitor e do não candidato.

O primeiro ponto é se a suposta propaganda negativa envolve fatos ou opiniões. A opinião se refere a algo que o eleitor acredita e está relacionada a como ele se sente sobre essa crença. Outros podem concordar ou discordar, mas não podem prová-la ou contestá-la (DONNCHAIDH, c2015). Por essa razão, embora uma opinião soe como perniciosa, não há como dizer que é falsa ou verdadeira, e sua correção "não depende da consciência dos juízes e jurados, mas da competição com outras ideias". Já um fato é algo passível de verificação, ou seja, pode ser provado como verdadeiro (MELLO, 2016, p. 130). Para se aferir quando uma determinada

70 A disseminação de informações falsas tem sido considerada, por exemplo, por Benkler; Farris; Roberts (2018).

71 As duas técnicas não se confundem. Enquanto na inconstitucionalidade parcial sem redução de texto há contrariedade entre uma das hipóteses de aplicação da norma e a Constituição, na interpretação conforme há uma norma com várias possibilidades de interpretação (norma polissêmica), em que a contrariedade tange a uma de suas interpretações possíveis frente à Carta Magna, devendo-se preferir aquele sentido que é compatível com o texto constitucional (ASSIS, 2019, p. 41).

ideia, evento ou declaração representa um fato ou uma opinião, deve-se analisar o contexto (conjunto de circunstâncias) em que a mensagem foi transmitida (MELLO, 2016, p. 130).

No direito americano, em geral, a distinção é relevante, pois o tratamento conferido à expressão da opinião é distinto daquele atribuído à afirmação de um fato: a mera expressão de uma opinião, quando desacompanhada de uma falsa afirmação de fato, está protegida pelo direito à liberdade de expressão, e, portanto, seu emissor não pode ser responsabilizado; já uma afirmação de fato permite a responsabilização (MELLO, 2016, p. 130).

Transportando isso para o direito eleitoral, as opiniões de eleitores comuns, mesmo que difamatórios, se opiniões não deveriam ser proibidas ou restringidas; as afirmações sobre fatos falsas, a princípio, poderiam. Ficariam, entretanto, sujeitas a mais uma condicionante: somente se fosse comprovado dolo por parte de quem a emitiu e divulgou. É que a discussão eleitoral é uma discussão sobre temas de interesse público, político, circunstância em que mesmo as afirmações falsas, regra geral, devem ser tratadas como opinião. Informações falsas sobre temas de interesse público geralmente devem ficar sujeitas a crítica, controvérsia, não a proibição e sanções eleitorais.

No Recurso Eleitoral 240-18 (citado no tópico 4), o eleitor veiculou no *Twitter*: "#Volta Ademir pro Sarcofago (sic) de onde vc (sic) saiu #AdemirNuncaMais". A mensagem foi publicada durante o período eleitoral e a pessoa citada no texto era um candidato a cargo político. O contexto demonstra que o eleitor entendia que Ademir não deveria ser eleito, já que era um candidato "ultrapassado", e não que Ademir saiu, literalmente, de um sarcófago. Trata-se, portanto, de uma opinião do eleitor. Outros podem discordar, mas não podem contestá-la. Esse seria o típico caso de propaganda negativa que não poderia ser restringida pela justiça eleitoral, pois fundado unicamente em opinião.

Já em relação ao caso do TRE-PR (citado no tópico 4), quando o eleitor e não candidato que proferiu a postagem apresentava uma foto do Deputado Federal Aliel Machado e sinais negativos pelo fato dele ter votado contra o *impeachment* da ex-presidente Dilma Rousseff, contra o fim do imposto sindical e contra a PEC do teto de gastos, foi divulgado um fato, pois poderia ser provado (ou contestado) caso fosse buscado o resultado

dessas votações mediante acesso no site da Câmara Federal, por exemplo. Se a informação fosse falsa, seria possível considerar a restrição, desde que dolosamente falsa.

A discussão sobre os elementos sobre a configuração do dolo depende de desenvolvimento e está sujeita a controvérsia. Entretanto, o condicionamento da restrição ao dolo estimula a manifestação do eleitor, retirando do judiciário e dos políticos o poder de restringi-lo.

O segundo ponto avaliativo a se considerar a respeito da interpretação da proibição de propaganda negativa em relação ao eleitor comum seria se tal eleitor é ou não representante de candidato ou se é ou não participante de uma rede que visa deliberadamente difamar um candidato. Quando o eleitor tem ligação com grupos políticos, as manifestações políticas desses cidadãos podem configurar instrumento utilizado por políticos/partidos para atacar adversários (TERRA, 2018, p. 376). Esse tipo de condição depende de prova da ligação ao candidato ou a rede difamatória. Supondo que não haja a prova da conexão, a proteção da liberdade de expressão impediria a restrição ao discurso; se houvesse prova da conexão, o discurso poderia ser restringido.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A manifestação das opiniões dos eleitores comuns, mesmo que ofensiva, duvidosa, crítica, é ínsita ao debate político e contribui de maneira significativa à referida discussão bem como fornece subsídios à escolha do voto. Nessa acepção, a proteção da liberdade de expressão deveria influenciar a interpretação das normas que proíbem propaganda negativa, derivadas dos artigos 243, IX, 325 e 326 do CE, e 58 da Lei das Eleições, gerando uma tendência de não serem aplicadas a manifestações de pensamento de eleitores e não candidatos.

Nesse sentido, das três alternativas de medidas consideradas dentro do processo constitucional brasileiro, a mais adequada foi a da interpretação conforme a constituição, tendo em vista o vazio normativo que a declaração de inconstitucionalidade geraria, e tendo em vista a circunstância de existirem situações, mesmo que excepcionais, em que eleitores e não candidatos devessem sofrer limitações à propaganda negativa.

REFERÊNCIAS

AGRA, W. M. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ALMEIDA, R. M. **Curso de Direito Eleitoral.** 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

ASSIS, R. **Interpretação conforme a Constituição e decisões manipulativas.** Rio de Janeiro: Gramma, 2019.

BENKLER, Y; FARIS, R.; ROBERTS, H. **Network Propaganda**. Oxford: Oxford University Press, 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – **ADI nº 4.451.** Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Tribunal Pleno. Data de Julgamento: 21/06/2018. Data de Publicação: 06/03/2019.

_____. Supremo Tribunal Federal – **ADI Nº 4.815**, Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Tribunal Pleno. Voto do Ministro Luís Roberto Barroso. Data de Julgamento: 10/06/2015. Data de Publicação: 11/06/2015.

_____. Supremo Tribunal Federal – **ADPF 548.** Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Tribunal Pleno. Data de Julgamento: 15/05/2020. Data de Publicação: 09/06/2020.

_____. Tribunal Superior Eleitoral - **Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 4.051**. Relator: Ministro Tarcisio Vieira De Carvalho Neto. Data de Julgamento: 14/11/2017. Data de Publicação: 07/12/2017.

_____. Tribunal Superior Eleitoral – **Recurso Especial Eleitoral nº 186.819.** Relator. Ministro Henrique Neves da Silva. Data de Julgamento: 06/10/2015. Data de Publicação: 05/11/2015.

BRENNAN, J. **Against Democracy**. Princeton e Oxford: Princeton University Press, 2016.

BUCCI, D. **Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão: limites materiais.** São Paulo: Almedina, 2018.

DONNCHAIDH, S. M. A complete guide to fact and opinion for students and teachers. **LITERACY IDEAS,** c2015. Disponível em: https://www.literacyideas.com/teaching-fact-and-opinion. Acesso em: 10 out. 2020.

GOMES, J. J. **Direito Eleitoral.** 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2020.

HUEMER, M. Why people are irrational about politics. In: BRENNAN, G. *et. All.* (Eds.) **Philosophy, Politics, and Economics: An Anthology**. New York: Oxford University Press, pp. 456–467.

MAYER, W. G. In Defense of Negative Campaigning. **In: Political Science Quarterly**, vol. 111, no. 3, 1996, pp. 437–455. JSTOR. Disponível em: www.jstor.org/stable/2151970. Acesso em: 02 abr. 2021.

MELLO, R. G. **Liberdade de Expressão, Honra e Responsabilidade Civil. Uma proposta de adoção da doutrina da malícia real como meio de combate à censura judicial no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: PUC, Departamento de Direito, 2016.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional.** 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais – **Recurso Eleitoral nº 240-18.2012.6.13.0092**. Relator: Mauricio Pinto Ferreira. Data de Julgamento: 27/09/2012. Data de Publicação: 27/09/2012.

_____. Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais – **Recurso Eleitoral nº 283-52.2012.6.13.0092**. Relator: Juiz Flavio Couto Bernardes. Data de Julgamento: 18/09/2012. Data de Publicação: 18/09/2012.

NINO, C. S. **Introdução à análise do Direito.** São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

OSÓRIO, A. **Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão.** Belo Horizonte: Fórum, 2017.

PARANÁ. Tribunal Regional Eleitoral do Paraná - **Representação Eleitoral nº 0602196-11.2018.6.16.0000.** Relator: Dr. Rogério de Assis. Data de Julgamento: 30/09/2020. Data de Publicação: 19/10/2020.

SANTOS, R. Juíza manda Bolsonaro pagar R$ 10 mil em ação contra Carlos Minc. **CONJUR**, publicado em 2 de outubro de 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-out-02/juiza-julga-improcedente-acao-bolsonaro-carlos-minc. Acesso em: 07 out. 2020.

SCARPINO JR., L. E. Da propaganda eleitoral negativa em mídias sociais. **MIGALHAS**, publicado em 26 de janeiro de 2012. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/148723/da-propaganda--eleitoral-negativa-em-midias-sociais. Acesso em: 19 set. 2020.

SOUSA, N. **A liberdade de imprensa**. Coimbra: Coimbra, 1984.

TAVARES, A. R. **Curso de Direito Constitucional.** 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

TERRA, F. M. **Campanhas políticas, liberdade de expressão e democracia.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

WARBURTON, N. **Liberdade de expressão: uma breve introdução.** Lisboa: Gradiva, 2015.

A INTERVENÇÃO FEDERAL NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO: INSTRUMENTO HÁBIL A "PÔR TERMO AO GRAVE COMPROMETIMENTO DA ORDEM PÚBLICA"?

Marcos Orlando Cardoso Massena Filho[72]

INTRODUÇÃO

Aos dezesseis dias do mês de fevereiro de 2018, o Presidente da República Federativa do Brasil, Michel Temer, decretou Intervenção Federal no Estado do Rio de Janeiro (Decreto nº 9.288 de 2018), com o objetivo de pôr termo a grave comprometimento da ordem pública, nos termos do artigo 84, caput, inciso X da Constituição de 1988.

A partir da Constituição Federal, analisar-se-ão os fundamentos fático-jurídicos ensejadores da excepcionalidade com vistas a responder à pergunta inserta no título: a Intervenção Federal no Estado do Rio de Janeiro foi insturmento hábil a pôr termo ao grave comprometimento da ordem pública?

72 Graduando em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Membro do Grupo CNPq: "Jurisdição Constitucional, Políticas Públicas e Democracia", Projeto de pesquisa: "Estado Constitucional de Direito e as Políticas Públicas.

A finalidade do presente artigo é demonstrar que a excepcionalidade constitucional não foi instrumento hábil a partir da análise quantitativa e qualitativa de diversos índices como os indicadores do Observatório Legislativo da Intervenção Federal na Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro (OLERJ), os relatórios do Instituto de Segurança Pública (ISP) e Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP).

1. FUNDAMENTOS JURÍDICOS E FACTUAIS PARA A EXCEPCIONALIDADE

A norma fundamentadora para o ato interventivo encontra-se nos artigos 34, 35 e 36 da Constituição Federal, sendo certo que o artigo 36, §1º traz disposições gerais quanto à composição normativa, visto que direciona ao decreto a necessidade de especificar sua amplitude, prazo e condições de execução e que, se couber, deverá nomear interventor.

Nas lições de Gilmar Mendes e Paulo Branco (2015, p. 819), o instituto da Intervenção Federal é mecanismo drástico e excepcional que tem como objetivo manter a integridade dos princípios constitucionais basilares. Além de apresentarem requisitos intrínsecos e extrínsecos, os constitucionalistas evidenciam a necessidade de se ter uma clareza quanto à instrumentalização do respectivo ato normativo elucidando alguns exemplos autorizadores para tal comando. Por outro lado, André Tavares (2020, p. 1.164) preleciona que a intervenção tem como escopo a mantença do pacto federativo, representando punição política mais grave posto configurar ruptura do sistema brasileiro de autonomia federativa. Depreende-se, assim, que a natureza política do instituto da Intervenção (BULOS, 2015, p. 999) possui caráter de medida excepcional, temporária, sendo posta em vigor no Ordenamento Jurídico por ato político discricionário pelo Presidente da República.

No arrimo do eminente constitucionalista Uadi Lammêgo (2015, p. 999), tais atos interventivos não podem ser realizados de modo aleatório, cerceando injustificadamente as capacidades de autogoverno, autoadministração e autolegislação dos entes federados. Deve-se compreender tal instituto como providência esporádica, alicerçado em ato de governo, não se olvidando que a regra é pela não intervenção conforme o artigo 34 da Constituição. Dessa forma, evidencia-se que os objetivos de tal medida

excepcional versam tanto sobre a proteção da estrutura federativa visando à estabilidade da ordem constitucional, quanto à preservação da soberania do Estado Federal, garantindo a rigidez da Constituição.

No caso em estudo, o Presidente da República, enquanto autoridade competente, decreta de ofício o ato interventivo a fim de proteger a unidade nacional, uma vez observados os pressupostos para sua decretação constantes nos incisos do artigo 34 da Lei Maior, devendo, ainda, pronunciarem-se, quanto a intervenção, o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional.

A Intervenção, em si, perpassa o juízo discricionário do Presidente da República, devendo este, todavia, atentar-se aos pressupostos materiais para sua decretação. Dentre os sete incisos constantes no artigo 34 da Constituição, o Decreto Interventivo em comento teve como pressuposto de fundo pôr termo a grave comprometimento da ordem pública, conforme o inciso III do referido artigo. Passa-se, uma vez superado o pressuposto material, à observância dos pressupostos formais constantes no artigo 36 da Lei Maior a fim de que opere legalidade do ato político.

Analisando-se o teor do Decreto 9.288 de 2018 verifica o cumprimento do requisito de prazo quando em seu artigo 1º é previsto a duração até 31 de Dezembro de 2018. A amplitude, por sua vez, encontra-se no §1º do mesmo artigo quando limita a intervenção à área de segurança pública, citando, para tanto, a Constituição do Estado do Rio de Janeiro. Ato contínuo, expõe o preenchimento do pressuposto material no §2º ao tratar do objetivo de pôr termo a grave comprometimento da ordem pública no Estado do Rio de Janeiro. O artigo 2º e parágrafo único nomeiam como interventor o General de Exército Walter Souza Braga Netto, destacando o fato de ser o cargo de natureza militar. Por fim, quanto às condições de execução, os artigos 3º e 4º versam sobre tais meios, condições e poderes do interventor.

Uma vez em vigor no ato de sua publicação, o Presidente tem vinte e quatro horas para submeter seu decreto à análise do Congresso Nacional, onde este poderá aprovar, ou não, por meio de decreto-legislativo. Chama-se de Controle Político tal procedimento e está abarcado no artigo 36, §§1º e 2º da Constituição Cidadã. Supera-se, assim, a análise dos fundamentos jurídicos do caso, abarcando-se, a seguir, as análises factuais da excepcionalidade. Isto porque o Presidente da República, por meio da

Mensagem nº 80, encaminhou à Câmara dos Deputados, o referido decreto para apreciação, dando início ao devido Controle Político.

A Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, em 19/02/2018, apresenta parecer proferido em plenário de relatoria da Deputada Federal Laura Carneiro (2018, n.p.) que, em seu voto, vislumbra lacuna em relação ao emprego das Forças Armadas, se requisitadas, vez que não há expressamente a indicação de que estas estariam revestidas de poder de polícia (2018, n.p.). Além disso, a relatora frisa a criminalidade organizada, não tendo os órgãos de segurança pública encontrado combate eficaz contra isso, sendo notóra a violência como impeditivo ao livre exercício da cidadania. Alega, ainda, que medidas urgentes são necessárias como meio extremo para o resgate da paz e segurança social.

Por fim, aponta que um dos argumentos contrários é que existem muitos outros estados onde a violência é, quantitativamente, muito maior do que no Rio de Janeiro, e para os quais a atuação da União deve-se voltar. Como contra-argumento, defende que o crime organizado no Estado em questão encontra-se em zonas de controle bem delimitadas, onde o Estado não entra, disputando territórios entre quadrilhas rivais. Cita que o controle territorial é o fator significativo a justificar a intervenção federal, vislumbrando que a ocupação pelas forças de segurança pública em tais territórios é de vital importância para que o Estado volte a se fazer presente no cumprimento de seus deveres.

A seu turno, o Senado Federal, emitiu Parecer nº06 de 2018, de Plenário, em substituição à CCJ, sob a relatoria do Senador Eduardo Lopes, o qual, após análise formal da deliberação, entendeu que a excepcionalidade federativa deve ocorrer em situações em que o aparato institucional não tem condições de responder. Argumenta, ainda, que a segurança pública no Rio de Janeiro atingiu um patamar que exige que o Estado se utilize de instrumentos institucionais positivados pelo ordenamento jurídico. Cita, também, que o termo "grave" se reveste do contexto do Estado que suportará a restrição. Colaciona o entender do autor Francisco Bilac Pinto Filho o qual compreende bastar caracterizada a desordem grave dentro do Estado, não sendo necessária perturbação iminente a outros entes federados, visto que a comoção, ainda que interna, já autoriza o Presidente da República a intervir.

Após votação, o Senado Federal encaminhou Mensagem nº 4 ao Presidente da República, informando da promulgação do Decreto Legislativo nº 10/2018, que aprova o Decreto Interventivo nº 9.288 de 16 de fevereiro de 2018. Dessa forma, a Intervenção Federal no Estado do Rio de Janeiro assentou-se como realidade jurídica pela primeira vez pós-redemocratização com o advento da Constituição de 1988.

2. AUTONOMIA ESTADUAL E A UNIÃO

A partir da edição da Medida Provisória nº 826 de 11 de abril de 2018, em que cria o cargo de natureza especial de Interventor Federal no Estado do Rio de Janeiro e outros para compor o Gabinete de Intervenção Federal no mesmo Estado a medida de excepcionalidade ganhava forma. Extrai-se da Exposição de motivos que a proposta de Medida Provisória se deu em razão de a Intervenção mostrar às autoridades uma realidade complexa e abrangente, requerendo um tratamento não só de aporte de recursos financeiros, como também alocação de recursos humanos com a composição de uma estrutura provisória. Para tanto, indicou a composição de um Gabinete a fim de realizar atividades que se distanciem das operações rotineiras, visando a "planejar, organizar, dirigir e controlar as ações empreendidas para interromper a escalada da violência verificada no Estado do Rio de Janeiro". A medida provisória seguiu seu trâmite constitucional com a conversão na Lei nº 13.701/2018. Estava, portanto, consolidado o Gabinete da Intervenção Federal no Estado do Rio de Janeiro enquanto órgão de planejamento, coordenação e controle a serviço do Interventor Federal.

Em que pese a União protagonize a Intervenção no Estado por normatividade constitucional, sabe-se que a redemocratização, após anos de limitação de diversos direitos, trouxe ao povo brasileiro esperança em poder participar do cenário político, econômico e social.

É nas intrincadas relações político-sociais (BULOS, 2015, p. 933), as quais se coadunam e estancam, no âmbito fático do poder constituinte, que advém, do sistema federativo, o alicerce para uma autonomia dos Estados. Tanto é assim que o artigo 25 da Constituição Cidadã está inserto no Capítulo III sob a alcunha de "Estados Federados" o que traz consigo

a autonomia para auto-organizar sua capacidade para autolegislar, autogovernar e autoadministar (TAVARES, 2020, p. 1087).

No que se refere à União Federal, Augusto Zimmermann (2014, p. 332) vai nos apontar que, na história do Brasil, sucessivas constituições, inclusive a de 1988, expandiram as competências federais de tal modo que o excesso de competências que encontramos hoje denota exacerbada absorção de poderes na esfera central, deixando a cargo dos Municípios e dos Estados pouca matéria para discussão.

O caráter residual da competência dos estados, ainda que expresso, evoca que as Leis Maiores reservaram a cada ente federativo competência que não lhes fossem vedadas pela própria Constituição (ZIMMERMANN, 2014, p. 339). Dessa forma, a norma constitucional fundamentadora vigente, em seu artigo 25, caput e §1º, trata da sua auto-organização, ou seja, da autorização para a elaboração e aprovação de uma Constituição Estadual com temática restritiva. Há, portanto, regra fundamental para garantir a autonomia política dos estados-membros.

Todavia, o caráter residual não permite que transcenda o terreno administrativo, financeiro e social. Isto se deve ao fato de que a União apresenta forte centralização nas matérias sob sua competência, deixando aos seus entes matéria limitada, inclusive em caráter concorrente, conforme o artigo 24 e parágrafos seguintes, da constituição federal. Dessa forma, Os estados possuem autonomia, porém, não podem deixar de observar os ditames trazidos pela Constituição Federal, sendo certo que, uma vez não abarcados, poderão ser manejadas ações de controle de constitucionalidade a fim de retirar eficácia de sua norma.

É com base nesta conceituação de autonomia estadual que se depara com a exacerbação por parte da autonomia federal no quesito legislativo e administrativo. Indaga-se, portanto, se a Intervenção Federal, para o problema posto, seria o melhor mecanismo a fim de obter o resultado de pôr termo a grave comprometimento da ordem pública. Isto porque a autonomia político-administrativa engendrada pela Constituição Federal aos Estados não vislumbra a capacidade do uso efetivo das Forças Armadas quando há ineficácia das políticas estaduais de segurança pública, ou seja, uso das forças policiais do Estado.

Diante da ineficácia das inúmeras operações perpetradas pelas Polícias Civil e Militar no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, corriqueiramente

o Governador do Estado dirige-se ao Presidente da República a fim de que este empenhe a decretação do uso excepcional das tropas das Forças Armadas na Garantia da Lei e da Ordem (GLO).

As missões de Garantia da Lei e da Ordem são operações militares determinadas pelo Presidente da República em que são conduzidas pelas Forças Armadas de forma episódica, em área previamente estabelecida e por tempo limitado, possuindo suas diretrizes fixadas por meio do Decreto nº 3.897, de 2001, bem como sua capitulação de preparo e emprego por meio de Lei Complementar nº 97, de 1999, por força constitucional presente no artigo 142, caput, e §1º.

O uso das Forças Armadas dá-se nas ocasiões em que há o esgotamento das forças tradicionais de segurança pública, concedendo aos militares, provisoriamente, a faculdade de atuar com poder de polícia até o restabelecimento da normalidade. A autoridade competente para tanto é o Presidente da República que, motivado ou não pelos governadores ou presidentes dos demais poderes constitucionais, decide pelo emprego, conforme o artigo 2º, §§ 1º e 2º do Decreto nº 3.897 de 2001 que fixa as diretrizes para o emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem.

No que diz respeito às operações de GLO, o Ministério da Defesa, em 2014, publicou o "Manual de GLO" com o objetivo de padronizar as rotinas e servir de instrumento educativo e de doutrinação para as forças. No site do governo, há, ainda, diversos documentos que trazem transparência quanto ao uso deste instrumento, com atualização recente datando de 2020.

Dado importante é o histórico de GLO disponibilizado pelo Ministério da Defesa (BRASIL, 2020, n.p.) onde se constata que, das 143 missões, 21 foram realizadas no Estado do Rio de Janeiro, excluindo-se as que ocorreram em todo o território nacional concomitantemente. Observa-se, também, que dessas 21 operações, 11 foram destinadas à contribuição para a segurança pública, bem como a preservação da ordem pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio não somente na região metropolitana, como também em todo o Estado do Rio de Janeiro.

Assinale-se que tal mecanismo (BRASIL, 2020, n.p.) é usado desde o evento do ECO-92, sendo certo que no período de 2014 a 2018, todos os anos tiveram o uso deferido das Forças Armadas em GLO.

Sabe-se que o *Atlas da Violência* reúne dados a fim de analisar as políticas de segurança pública nacional para que se aponte soluções neste setor. Todos os *Atlas* contam com uma defasagem de dois anos da publicação anual, ou seja, o *Atlas* de 2020 versou a respeito dos dados apurados do ano de 2018.

No presente artigo, se averiguaram os *Atlas* de 2016, com os dados do período de 2004 a 2014; *Atlas* de 2017, com os dados do período de 2005 a 2015; *Atlas* de 2018, com dados de 2006 a 2016; *Atlas* de 2019, com dados de 2007 a 2017 e, por fim, o *Atlas* de 2020, com dados de 2008 a 2018.

Considerando que o *Atlas* de 2020 abrange todo o ano de 2018, necessário se faz uma análise dos dados anteriores à decretação interventiva como meio de observar o contexto nacional em contraposição ao contexto estadual a fim de verificar se o Estado do Rio de Janeiro estaria reunindo os requisitos ensejadores a se adotar um mecanismo drástico e extremamente excepcional, conforme a doutrina aponta e a Constituição evidencia como exceção.

De acordo com o histórico da GLO (BRASIL, 2020, n.p.), o ano de 2014 a 2015 foi marcado pelo uso das Forças Armadas para a contribuição da preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio. Imperioso, portanto, analisar o quadro fático apresentado, conjuntamente, pelos *Atlas da Violência* de 2016 e 2017, pois o Altas de 2018 foi publicado em junho do mesmo ano, razão pela qual o Estado do Rio de Janeiro já se encontrava em Intervenção, não sendo pesquisa hábil a ensejar o decreto.

Analisando, conjuntamente, os *Atlas* de 2016 e 2017, verifica-se que a Região Nordeste é a que apresentava a maior taxa de homicídio em todo o Brasil em 2014 (IPEA; FBSP, 2016, p. 7) e 2015 (IPEA; FBSP, 2017, p.9), estando a Região Sudeste em última posição do *ranking* nos dois períodos analisados. No que se refere à taxa de homicídio em 2014 (IPEA; FBSP, 2016, p. 7), por unidade da federação, três estados encabeçam a lista, quais sejam, Alagoas (63,0), Ceará (52,2) e Sergipe (49,4), sendo certo que o Rio de Janeiro teve uma taxa de 32,1, bem abaixo dos demais estados, ao passo que em 2015 (IPEA; FBSP, 2017, p. 12), os três estados alarmantes foram Sergipe (58,1), Alagoas (52,3) e Ceará (46,7), estando o Rio de Janeiro com uma taxa inferior ao ano anterior em 30,6. Quanto ao número de homicídio, em 2014 (IPEA; FBSP, 2016, p. 8), o estado de São Paulo

(6.131) liderou o ranking, seguido pela Bahia (5.733), sendo certo que o Rio de Janeiro apresentou 5.522 casos de homicídios contabilizados, ocupando o terceiro lugar. Todavia, em 2015 (IPEA; FBSP, 2017, p. 13), o estado da Bahia liderou a estatística com 6.012 homicídios, seguido por São Paulo, com 5.427, ocupando, o Rio de Janeiro, o terceiro lugar com 5.067 casos.

O único indicador em que o Rio de Janeiro se mostrou em primeiro lugar foi o que diz respeito à letalidade policial, em 2014 (IPEA; FBSP, 2016, p. 17-18), apresentando 245 casos, ao passo que São Paulo teve 234, seguido pelo estado da Bahia com 97. Em que pese não haja informação disponível a respeito das mortes decorrentes de intervenção policial fora de serviço, sabe-se que, em serviço, o número de mortes em São Paulo chegou a 712, seguido pelo Rio de Janeiro com 584, registrando o terceiro lugar com o estado da Bahia com 278 casos. Importante dizer, ainda, que, em 2015 (IPEA; FBSP, 2017, p. 23-24), não houve informação disponível nos estados da Bahia e Rio de Janeiro no quesito de morte decorrente de intervenção policial, sendo certo que São Paulo liderou as estatísticas, tanto em serviço (606) quanto fora dele (242). Não há nenhum outro caso em que o Estado fluminense se apresente encabeçando as estatísticas.

Outro dado interessante é o que diz respeito aos homicídios por arma de fogo, pois, em 2014 (IPEA; FBSP, 2016, p. 30), o estado da Bahia apresentou 5.096 casos, seguido por São Paulo com 3.959 e, logo após, Ceará com 3.850. O Rio de Janeiro encontrou-se com 3.760 casos, com uma taxa de homicídio por arma de fogo em 22,84, muito abaixo do estado de Alagoas que lidera o ranking desta taxa com 54,76, seguido pelo Ceará com 43,54. Em 2015 (IPEA; FBSP, 2017, p. 45), a Bahia permaneceu no topo do ranking de homicídios por arma de fogo com 4.555, seguido pelo Ceará, com 3.393 e Minas Gerais, com 3.214. O estado do Rio de Janeiro apresentou 3.182, refletindo na taxa de 19,2, muito abaixo do estado de Sergipe que lidera o ranking desta taxa com 49,4, seguido por Alagoas com 44,2, seguido, também, do estado do Ceará com 38,1.

Verificou-se, ainda, que a taxa de homicídio de mulheres teve o maior patamar em Roraima nos dois anos em comento, isto é, 2014 (IPEA; FBSP, 2016, p. 28) com 9,5 e 2015 (IPEA; FBSP, 2017, p. 40) com 11,4, seguido de Goiás, no mesmo período, 8,8 em 2014 (IPEA; FBSP, 2016, p. 28) e 7,5 em 2015 (IPEA; FBSP, 2017, p. 40). Em que pese Alagoas

tenha apresentado taxa de 7,3 em 2014 (IPEA; FBSP, 2016, p. 28), este não encabeçou a estatística em 2015 (IPEA; FBSP, 2017, p. 40). O Rio de Janeiro, por si, apresentou taxa em 2014 (IPEA; FBSP, 2016, p. 28) de 5,3, ao passo que em 2015 (IPEA; FBSP, 2017, p. 40). houve redução para 4,4. Todavia, em que pese não encabeçar os índices de taxa de homicídio, o Rio de Janeiro encontra-se em segundo lugar no *ranking* do número de homicídio de mulheres, em 2014 (IPEA; FBSP, 2016, p. 27), com 446, estando abaixo de SP com 609. Minas Gerais e Bahia encontram-se, respectivamente, em 3º e 4º lugar, com 339 e 363. Ao passo que, em 2015 (IPEA; FBSP, 2017, p. 39), o estado do Rio de Janeiro apresentou queda para 387 casos, estando liderando o ranking o Estado de São Paulo com 559, seguido de Minas Gerais com 415 e Bahia com 382.

Detendo-se aos estados que lideraram os índices antes da Intervenção Federal no Estado do Rio de Janeiro, evidencia-se ter havido recorrência de pelo menos 4 estados do Nordeste, a saber: Alagoas, Ceará, Sergipe e Bahia, sendo este último o de maior índice nas taxas e números de crimes. Verifica-se, portanto, que outros estados ganham precedência na tentativa de restituição do conceito jurídico indeterminado de ordem pública, isto é, no caso em questão, pôr termo a grave comprometimento da ordem pública.

A Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, em parecer proferido no dia 19/02/2018, de relatoria da Deputada Federal Laura Carneiro, assenta tese pela excepcionalidade, argumentando a teoria da ocupação territorial perpetrada por milicianos e traficantes, em razão da ineficiência dos órgãos de segurança pública aliado ao controle de território pelas organizações criminosas. Todavia, a constituição de milicianos, bem como a disputa territorial entre quadrilhas rivais não é exclusividade do Estado do Rio de Janeiro, sendo certo que existem outros estados maiores que o Rio de Janeiro, como a Bahia, e menores que o Rio de Janeiro, como Alagoas, e que tem uma taxa de homicídio maior que a do Rio de Janeiro, conforme se verifica dos dados colhidos dos *Atlas da Violência* de 2016 e 2017.

A fragilização do estado democrático de Direito ocorre quando se decreta uma intervenção federal a bel prazer, apesar de outros estados, com alto índice de criminalidade, continuarem imersos em sua corriqueira onda de violência.

Pode-se argumentar que a geopolítica que o estado do Rio de Janeiro reflete para o Brasil, seja pela sua localização de outrora como capital do Brasil, seja pela importância que desempenhou e desempenha frente a economia e história nacional, alçou-a como uma região de maior importância em detrimento de outros estados. Tal hipótese apresenta-se plausível a partir do momento em que estados da região mais violenta do Brasil, como o Nordeste, quedaram-se intactas ao que se refere à intervenção federal. Portanto, a decretação teve, no estado do Rio de Janeiro, a finalidade diversa e estranha ao próprio instituto interventivo, já que os índices nacionais de monitoramento da violência apontavam para outros estados brasileiros a urgência de medidas drásticas para o restabelecimento da ordem pública.

Tal episódio corrobora a teoria da corrupção, descentralização e controle, onde os governos mais corruptos parecem estar mais ao nível local, em um território pequeno, como foi no caso da Sicília, onde o tamanho dos territórios facilitou o domínio da política local por famílias mafiosas (FIGUEIREDO, 2020, p. 91). Aproxima-se a atividade miliciana do conceito de corrupção a partir da definição de abuso de um poder confiado para ganhos privados. Nesse viés, corrupção em sentido amplo, seria, nas lições de Leandro Mitidieri (2020, p. 53), o desvio do poder público em prol de interesses privados de indivíduos, grupos ou classes, em detrimento do interesse público, causando grave e inequívoca injustiça.

Como ventilado pela mídia (COSTA, 2018, n.p.), o Ministério dos Direitos Humanos coletou dados em que revelam denúncias de atuação de milicianos em 15 estados, entre os anos de 2016 e 2017. Tais registros foram recebidos pela Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos, onde revelam que Pernambuco teve none ocorrências, seguido da Bahia com oito, Minas Gerais com oito ocorrências, Pará com cinco e Rio Grande do Norte com cinco.

Esses estados corroboram (REDAÇÃO, 2011, n.p.) o número crescente em diversas regiões do Nordeste de milícias ou grupos de extermínios que atuam paralelamente às instituições da Segurança Pública e da própria Justiça. Há clara ideia de que, houvesse de ser dada atenção à violência urbana, deveria de se pensar em qualquer um dos vergastados estados supramencionados da referida região.

3. PANORAMA ESTATÍSTICO DA INTERVENÇÃO FEDERAL

Investiga-se, neste momento, o panorama estatístico da Intervenção Federal utilizando-se não somente o Atlas da Violência como também os Indicadores do OLERJ. Passa-se, assim, à análise destes indicadores referentes aos meses de abril de 2018 a janeiro de 2019. Verifica-se que, em que pese tenha diminuído o número de casos de furto e apreensão de drogas em março/2018, houve expressivo aumento dos roubos de carga e de veículos, bem como letalidade violenta que apresenta quatro espectros: homicídio doloso, lesão corporal seguida de morte, latrocínio e homicídio decorrente de intervenção policial (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2018, n.p.).

O roubo de veículos teve aumento de 97,4% em relação ao período de 2011 a 2018. Existiram 5.538 registros em todo o Estado do Rio de Janeiro no mês de março, ficando tal indicação bem acima da média histórica dos últimos 8 anos, que era de 2.804, conforme o indicador da OLERJ do mês em comento.

Passa-se à análise do mês de abril/2018, onde se depreende da tabela apresentada que houve aumento expressivo do roubo de cargas e veículos, bem como das taxas de letalidade violenta. Todavia, houve diminuição nos casos de lesão corporal seguida de morte, furto e apreensão de drogas.

No quesito de apreensão de armas de fogo, aponta o levantamento que a quantidade de apreensões subiu em todo o Estado, colacionando, para tanto, o registro de 744 apreensões no Estado do Rio de Janeiro no mês de março/2018, ficando tal número acima da médica histórica dos últimos 2 anos, que era de 738.

No que tange ao mês de maio/2018, os indicadores apresentaram aumento das taxas de letalidade em 576 casos, o que, por conseguinte, revela aumento do índice de homicídio doloso (419 casos), latrocínio (13 casos) e homicídio decorrente de intervenção policial (142 casos). Por outro lado, registrou-se diminuição nos casos de roubo de carga (752 registros), roubo de veículos (4.382) e diminuição dos casos de furto, com 12.109 casos registrados.

No que se refere ao mês de junho/2018, os indicadores apresentaram diminuição nos crimes de latrocínio e furto, ambos, respectivamente, com

variação em 20,96% e 22,39% se comparado ao período de 2011 a 2017. Todavia, houve aumento nos casos de homicídio por intervenção policial, tendo 155 pessoas mortas no Estado, com 44 na capital. No que se refere aos roubos de carga e veículos, notou-se incremento significativo, podendo indicar migração da atividade criminosa para o interior do Estado.

No que se refere à apreensão de armas de fogo no Estado, verificou-se queda de 805 para 774 em relação ao mês de maio/2018, sendo certo que, na Capital houve aumento de 26 para 48 apreensões, o que pode ter sido motivado em razão das operações táticas realizadas na região.

No mês de julho/2018, houve nova publicação dos indicadores do OLERJ, pelo que o referido estudo sinalizou diminuição nos casos de latrocínio, furto e apreensão de drogas. Contudo, os índices de letalidade violenta, bem como roubos de carga e veículo, além dos homicídios dolosos permaneceram em alta, o que indica possível migração da criminalidade para o interior do Estado.

O mês de agosto/2018 apresentou índices de diminuição em relação aos crimes de homicídio doloso, latrocínio e furto, sendo certo que houve aumento dos homicídios por intervenção policial, letalidade urbana e roubos de carga e veículo.

Saliente-se que os meses de setembro/2018 a dezembro/2018 foram publicados em um único arquivo com os meses de coleta de dados de Outubro/2018 a Janeiro/2019, passa-se à análise dos indicadores.

Ao se comparar o número de roubos a carga e veículos, bem como o número de casos de furto do primeiro mês, isto é, março de 2018, verifica-se que contabilizavam, respectivamente, 917, 5.538 e 11.543, sendo certo que, ao final da Intervenção, os índices abarcavam, respectivamente, 788, 3.813 e 12.183. Dessa forma, infere-se que a redução dos índices dos crimes citados foi pouco expressiva, encontrando razões bastantes a justificar suas ações em período comparativo oportuno, isto é, dezembro/2017, fora do período de intervenção.

A letalidade violenta oscilou, conforme aponta o OLERJ, tanto no estado quanto no município, apresentando uma queda no mês de dezembro, após elevação em números absolutos na sequência. Todavia, verifica-se, conforme aponta o relatório do OLERJ que a metodologia da ISP permite outra análise, remetendo-se ao mês do ano anterior, como meio

de validar a redução dos homicídios, latrocínios e mortes por intervenção de agente policial.

Superada a análise dos indicadores apresentados pelo OLERJ, passa-se a uma rápida conferência dos números apresentados no ano de 2019 pelo Fórum Nacional de Segurança Pública, por meio do Atlas da violência 2019, que trata do período de 2007 a 2017. No ano em questão, anterior à decretação da Intervenção Federal, verificou-se, novamente, que a Região Nordeste ocupava o primeiro lugar no quesito de taxa de homicídio.

O estado do Rio de Janeiro, por sua vez, apresentou a segunda maior avaliação do número de homicídio por unidade da federação, com 6.416 casos, ficando atrás da Bahia, com 7.487 casos. Nos demais indicadores, o Estado em questão não encabeçou a listagem, encontrando-se em posição muito aquém de outros estados da Região Nordeste, como, por exemplo, Bahia, Ceará e Pernambuco, todos esses com alto índice de homicídio com armas de fogo, totalizando, respectivamente, 5.427 casos, 4.698 casos e 4.478 casos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, infere-se que o instituto da Garantia da Lei e da Ordem estava demonstrando-se eficaz e adequado à realidade do Estado do Rio de Janeiro, visto que os índices estavam em queda em comparação aos períodos anteriores. Além disso, em 2018, seria o prosseguimento das missões de GLO o veículo mais acertado por parte do Poder Público, isto porque, no referido estado, encontrava-se surtindo efeito positivo diante dos índices apresentados no *Atlas da Violência* até então publicados.

Dessa forma, buscou-se lastrear que o estado do Rio de Janeiro não era o ente da federação com extremado índice de violência e que o território ocupado pela milícia não é um evento isolado, sendo percebido em outros estados federativos, inclusive os que compõem a Região Nordeste do país, onde os índices só crescem, configurando uma das regiões mais perigosas do Brasil. Buscou-se, também, referendar que a Intervenção Federal no estado do Rio de Janeiro teve como finalidade algo além do que descrito em sua formalidade, isto porque, houvesse comprometimento da ordem pública, outros estados estariam mais hábeis a ensejar tal decreta-

ção, seja pelos índices estaduais de segurança pública, seja pelo apanhado realizado pelo Fórum de Segurança Pública.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Ministério da Defesa. **Histórico de GLO.** Governo Federal, dez. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/defesa/pt-br/arquivos/exercicios_e_operacoes/glo/2-tabelas-glo_atualizada_em_dez_20.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2021.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional.** 9a. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 83/2014, e os últimos julgados do Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Saraiva, 2015.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Indicadores do Olerj**. Abril de 2018. Disponível em: <http://olerj.camara.leg.br/estudos-e-pesquisas/indicadores_olerj_abril_2018.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2021.

CARNEIRO, Deputada Federal Laura. **Parecer proferido em Plenário, em 19/02/2018.** Plenário da Câmara dos Deputados, 2018. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1640487&filename=PPP+1+CCJC+%-3D%3E+MSC+80/2018>. Acesso em: 06 jan. 2021.

COSTA, Liana. **Não é ó no Rio. Milícias estão em 15 estados de norte a sul do Brasil.** Metrópoles, 2018.<https://www.metropoles.com/materias-especiais/nao-e-so-no-rio-milicias-estao-em-15-estados-de-norte-a-sul-do-brasil>. Acesso em: 13 jan. 2021.

FIGUEIREDO, Leandro Mitidieri. **Corrupção e desigualdade – combate à corrupção efetivo, republicando e democrático como redutor da desigualdade social (e combate à desigualdade social como redução da corrupção).** 1a. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2020.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA; FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (Org.). **Atlas da**

violência 2016. Brasília; Rio de Janeiro; São Paulo: IPEA; FBSP, 2016.

_____. **Atlas da violência 2017**. Brasília; Rio de Janeiro; São Paulo: IPEA; FBSP, 2017.

_____. **Atlas da violência 2018**. Brasília; Rio de Janeiro; São Paulo: IPEA; FBSP, 2018.

_____. **Atlas da violência 2019**. Brasília; Rio de Janeiro; São Paulo: IPEA; FBSP, 2019.

_____. **Atlas da violência 2020**. Brasília; Rio de Janeiro; São Paulo: IPEA; FBSP, 2020.

INSTITUTO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Estatísticas de segurança: série histórica mensal no estado desde 01/1991.** Governo do Estado do Rio de Janeiro, 2021. Disponível em: <http://www.ispdados.rj.gov.br/EstSeguranca.html>. Acesso em: 04 mar. 2021.

_____. **Série Histórica Mensal de feminicídio por área de delegacia desde 10/2016.** Governo do Estado do Rio de Janeiro, 2021. Disponível em: <http://www.ispdados.rj.gov.br/Arquivos/feminicidio_tabela.pdf>. Acesso em: 04 mar. 2021.

_____. **Séries Históricas Anuais de Taxa de Letalidade Violenta no Estado do Rio de Janeiros e Grandes Regiões.** Governo do Estado do Rio de Janeiro, 2021. Disponível em: <http://www.ispdados.rj.gov.br/Arquivos/SeriesHistoricasLetalidadeViolenta.pdf>. Acesso em: 04 mar. 2021.

LOPES, Senador Eduardo. **Parecer nº 06, de 2018. De Plenário, em substituição à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, sobre o Projeto de Decreto Legislativo nº 04, de 2018 (nº 886, de 2018, na origem), da Câmara dos Deputados. Sala de Sessões, em 2018.** Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7635269&ts=1593906315974&disposition=inline>. Acesso em: 06 jan. 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 10a. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

REDAÇÃO. **Estados nordestinos são os que mais formam milícias.** Diário do Nordeste, 2011. <https://diariodonordeste.verdesmares.com.br/seguranca/estados-nordestinos-sao-os-que-mais-formam-milicias-1.760073>. Acesso em:13 jan. 2021.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional.** 18a. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

ZIMMERMANN, Augusto Cotta. **Teoria Geral do Federalismo Democrático**. 2ª. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

A CRIMINALIZAÇÃO DO INADIMPLEMENTO REITERADO DO ICMS PRÓPRIO E DECLARADO: ASPECTOS CRÍTICOS DO POSICIONAMENTO EXARADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO RHC Nº 163.334/SC

Laura Melo Zanella Felipe[73]

INTRODUÇÃO

É fato que o ICMS – imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação – representa uma parcela expressiva da arrecadação tributária destinada aos cofres dos estados e do Distrito Federal. Em virtude disto, o recente posicionamento externado pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de criminalizar o não recolhimento do referido tributo, tem gerado inquietação entre os operadores e cientistas do Direito, sob diversas perspectivas.

O entendimento proclamado quando do julgamento do Recurso em Habeas Corpus nº 163.334/SC equiparou o inadimplemento reiterado do

73 Advogada, bacharel em Direito pela Unesp – Franca, Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET, Especialista em Direito Processual Civil pela Damásio Educacional.

ICMS próprio declarado ao crime de apropriação indébita tributária, tipificado pelo artigo 2º, II, da Lei nº 8.137/1990. Em que pese a razoabilidade de se pretender sancionar de maneira mais gravosa aquele que se utiliza do não recolhimento de tributos como subterfúgio para seu próprio benefício, o raciocínio esposado pelo tribunal superior está sob a mira de diversos questionamentos relativos, sobretudo, à adequação da subsunção do comportamento ao tipo penal eleito e à vagueza de determinados termos empregados para especificar a conduta que se almeja penalizar.

Dado este breve panorama, o presente artigo visa a abordar alguns pontos que se sobressaem a partir de um enfoque crítico, considerando-se premissas capitais para quaisquer debates tangentes à espécie tributária em comento. Isto se fará com amparo em levantamento bibliográfico composto por textos doutrinários de autores tradicionais, bem como conteúdos produzidos mais recentemente, dada a novidade da discussão.

Primeiramente, se abordarão os principais aspectos acerca do ICMS, destacando algumas de suas características e princípios informadores. Então, se buscará distinguir as infrações dos crimes contra a ordem tributária, em seguida enfocando especificamente na apropriação indébita tributária, com ênfase em questões concernentes a este tributo que determinarão o rumo da reflexão crítica proposta. Em seguida se versará a respeito do posicionamento do STF no julgamento do RHC nº 8.137/SC, contextualizando a tese, traçando aspectos críticos da equiparação entre a conduta ali apreciada e o tipo penal mencionado e apontando potenciais efeitos do entendimento esposado pela Corte naquela oportunidade.

A definição de uma tese a ser seguida pelos julgadores de todo o país, especialmente tendo em vista os esforços tendentes à implementação de um sistema de precedentes confiável, não prescinde de uma retomada aos fundamentos sobre os quais o sistema se edificou, sob pena de se constatarem fragilidades que colocam em xeque valores primordiais como a segurança jurídica e a isonomia.

1. O IMPOSTO SOBRE A CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS

Tal como sugere sua denominação, o ICMS incide sobre as operações relativas à circulação de mercadorias e serviços de transporte interestadual

e intermunicipal e de comunicação, encontrando seu substrato constitucional no artigo 155, II, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988). Referido dispositivo delimitou a competência legislativa dos Estados e do Distrito Federal no que diz respeito à instituição de impostos, outorgando-lhes o poder de fazê-lo nas hipóteses ali elencadas.

O ICMS ostenta algumas características que lhe são peculiares, além de dever observar princípios específicos traçados pela Carta Maior. Trata-se de um imposto que incide sobre as diferentes fases da cadeia produtiva, porém, sujeito à não-cumulatividade, a fim de obstar a tributação em cascata e suas consequências em termos de preços e distribuição de ônus. Embora este aspecto não componha sua regra matriz, é de observância obrigatória (CARRAZZA, 2001); é um limite objetivo vital para a preservação de outros valores fundantes do sistema (CARVALHO, 2018).

Este imposto é caracterizado pela seletividade, podendo ser utilizado para fins de incentivar ou desincentivar determinados comportamentos, onerando-se mais ou menos aquelas mercadorias ou serviços correspondentes a necessidades ou considerados de luxo (CARRAZZA, 2001).

Em se tratando de um imposto estadual, sua regulamentação é atribuição de cada Estado ou do Distrito Federal, que deverão elaborar as normas mais específicas tangentes à sua cobrança, incidência e arrecadação. O que há em comum, em todos os casos, é o que se identifica por regra matriz de incidência do tributo, a qual, conforme Paulo de Barros Carvalho (2004), é composta pelos critérios que delimitam um modelo referencial para descrever o comportamento sobre o qual a regra incidirá e para estabelecer a consequência cabível, tal como prescrita pelo dispositivo legal pertinente. Entre os mencionados critérios estão: critério material, critério espacial, critério temporal, critério pessoal e critério quantitativo.

O critério material, que aponta a conduta a ensejar a incidência, no caso do ICMS consiste nas operações relativas à circulação de mercadorias e à prestação de serviços de transporte interestadual ou intermunicipal e de comunicação. O critério temporal identificará o momento da incidência, sendo a saída da mercadoria, o início do serviço de transporte ou o momento do serviço de comunicação por qualquer meio, respectivamente. Ainda, o critério espacial indicará o local da incidência, demarcando a competência, que será do local do estabelecimento do que comercializou

mercadorias, daquele onde se iniciou o transporte e daquele onde se realizou o serviço de comunicação, na mesma ordem.

No consequente da norma, tem-se enquanto critério pessoal o reconhecimento dos sujeitos que ocupam os polos da obrigação tributária engendrada – ainda que de forma geral e abstrata –, os quais são o Fisco estadual ou distrital (DF), como sujeito ativo, e os produtores, industriais ou comerciantes que realizam o fato gerador, na figura de sujeitos passivos, conforme o caso. Enfim, o critério quantitativo balizará os termos numéricos desta equação: a base de cálculo e a alíquota do imposto, definida por cada ente.

Deve-se destacar, à guisa de esclarecimento, que o sujeito passivo da obrigação tributária não se confunde com um agente que desempenhe mero papel de responsável pelo recolhimento. Discernir estas condições é essencial para se compreender a dinâmica do ICMS próprio – quando o contribuinte recolhe aos cofres públicos o valor de ICMS que cabe a ele mesmo pagar – daquelas situações em que um sujeito alheio à relação jurídico-tributária retém um tributo e o repassa ao Fisco, permanecendo como um terceiro estranho à obrigação principal e que ficou tão somente incumbido de encaminhar aquele valor provisoriamente em seu poder ao seu devido destino.

No primeiro caso, se o contribuinte deixa de recolher um tributo próprio, comete *infração* tributária consistente no inadimplemento. No segundo, diferentemente, se deixar de repassar ao Fisco valor relativo a tributo devido por outrem que ficou em seu poder, pratica-se *crime* de apropriação indébita tributária. Estas duas modalidades de violações serão objeto de estudo do tópico subsequente.

2. INFRAÇÕES TRIBUTÁRIAS NÃO-DELITUOSAS X CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

As infrações tributárias, consideradas meros ilícitos, se configuram quando são verificados comportamentos omissivos ou comissivos que se refiram ao não pagamento do tributo ou ao não cumprimento de deveres instrumentais, entabulados em leis pertinentes que se traduzam em uma fórmula descritiva de violação de uma norma primária.

Essas condutas não se revestem de caráter delituoso, fugindo à imputação de sanção de natureza penal. Contudo, diferentemente delas, existem os denominados crimes contra a ordem tributária. Estes se distinguem por serem definidos em lei penal e regidos pelos princípios, institutos e formas do Direito Penal - e não do Direito Administrativo. A prática destes crimes irrompe relações jurídicas de índole sancionadora que se consumam na aplicação de sanção penal tributária (CARVALHO, 2018).

Tal como esclarecido, o julgamento do RHC nº 163.334/SC equiparou o não-recolhimento do ICMS próprio declarado ao crime de apropriação indébita tributária. Ao reputar referida conduta como uma violação contra bem jurídico penalmente tutelado, este entendimento confere legitimidade à prescrição de uma sanção de tessitura criminal e, portanto, ao emprego da *ultima ratio* como tratamento proporcional e razoável aos casos em que ela se constatar. Evidenciam-se, assim, a necessidade e a utilidade de se analisar brevemente o tipo da apropriação indébita tributária, tal como concebido pelo legislador.

2.1. O CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA TRIBUTÁRIA

A Lei nº 8.137/1990 é responsável pela disciplina dos crimes contra a ordem tributária no sistema atual. Seu artigo 2º, inciso II, descreve o tipo penal correspondente ao crime de apropriação indébita tributária nos seguintes termos:

> Art. 2° Constitui crime da mesma natureza: [...]
>
> II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos; [...]. (BRASIL, 1990).

O comportamento retratado no dispositivo legal é constituído de uma ação seguida de uma omissão. Sua fase inicial se realiza a partir do desconto ou cobrança de valor de tributo e é sucedida de uma postura omissiva, tocante à falta de repasse de referido montante aos cofres públicos, a título de cumprimento da obrigação que lhe cabe.

O que ocorre é que o *quantum debeatur*, isto é, o valor a ser transferido do sujeito passivo para o ativo a título de tributo, passa pelas mãos de

um terceiro que não compõe a relação jurídica principal, mas tem apenas o dever de repassá-lo ao credor de direito. Quando este terceiro agente toma para si aquele valor, pratica a apropriação indébita, isto é, se apossa indevidamente de uma cifra que não lhe pertence. Por tudo isto, conclui-se que o sujeito ativo da violação designada pelo tipo sob exame não é aquele que sofre o ônus econômico, mas aquele que apenas deveria ter repassado o valor descontado ou cobrado do sujeito passivo da obrigação tributária principal e deixou de fazê-lo oportunamente, incorrendo em postura fraudulenta.

Convém reiterar: o caso concreto somente terá compatibilidade com a norma geral e abstrata, a ensejar a adequada subsunção, quando o valor que se deixou de recolher tiver sido descontado ou cobrado pelo agente delituoso. Quem figura na relação jurídica tributária com o Fisco não está apto a recair nos percalços da apropriação indébita tributária, podendo apenas incorrer no inadimplemento, quando não efetuar o recolhimento do tributo tempestivamente.

Além deste aspecto, importa salientar que os crimes contra a ordem tributária sempre são caracterizados pela presença do elemento subjetivo, que, neste caso, se traduz no dolo. O ânimo interno do agente deve ser fraudulento, com intuito de obter vantagem indevida para si propositalmente, mesmo consciente da ilicitude de seu proceder. Conforme leciona Samuel Monteiro (2000, p. 3), é necessário que o agente:

> Demonstre, voluntariamente, o *animus habendi rem sibi*, isto é, a vontade consciente (consciência da ilicitude da conduta) de transformar em sua propriedade, de incorporar ao seu patrimônio [...], de apropriar-se do numerário já identificado pela perícia contábil conclusiva [...].

No crime de apropriação indébita tributária, o dolo específico do autor se exprime no intento de fraudar o Fisco, incorporando ao seu patrimônio quantia que deveria ter sido destinada ao erário para cumprimento de obrigação tributária. A regra matriz desta norma penal tem, em seu consequente, a prescrição de aplicação de pena de detenção de seis meses a um ano congregada a multa, nos termos do artigo 8º da Lei nº 8.137/1990.

A identificação de todos os elementos que compõem o tipo penal é crucial para sua escorreita utilização no julgamento de casos concretos, na medida em que a apropriada compreensão da norma geral e abstrata caminha de forma adjacente à precisa subsunção dos fatos observados materialmente e colocados sob apreciação judicial. Estas noções servem como alicerces para a construção crítica proposta, tangente ao entendimento articulado pelo STF nos autos do RHC nº 163.334/SC, que será doravante abordado.

3. O JULGAMENTO DO RHC Nº 163.334/SC PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Atravessando momentos de crise financeira, uma empresa que busca preservar a sua atividade pode se enxergar diante da necessidade de fazer escolhas difíceis, visando a tirar o melhor proveito possível dos recursos disponíveis. Para decidir quais obrigações deixará de cumprir, o administrador tenderá a ponderar acerca das consequências de cada hipótese: se deixar de cumprir com a folha de pagamento, pode perder seus funcionários ou ser responsabilizado no âmbito trabalhista; caso opte por atrasar os pagamentos a seus fornecedores, isso pode implicar na falta de matéria-prima para continuidade de sua operação, o que minaria a entrada de futuras receitas, além de haver o risco de se originar alguma hostilidade na relação com aquele agente com quem negocia tão correntemente.

Entre prejudicar aqueles recursos e forças indispensáveis à exploração de sua atividade e romper sua regularidade fiscal, a última alternativa aparenta ser a menos prejudicial, ao menos de forma imediata. Assim, ao sinal de uma fase de dificuldade econômica, muitas empresas deixam de recolher os tributos devidos no prazo legal, inclusive o ICMS.

Em que pese este seja um dos motivos para a existência de um volume tão alto de débitos relativos ao ICMS, sabe-se que há aqueles contribuintes que se aproveitam do inadimplemento tributário como verdadeiro *modus operandi*, evadindo-se de suas obrigações fiscais. Esta postura, com efeito, deve ser alvo de reprovação e objeto de tratamento legal que lhe sirva como desincentivo, uma vez que, além de trabalhar em prol de uma concorrência desleal, atrapalha a consecução dos objetivos do Estado enquanto guardião e promotor do interesse público, que depende das

receitas tributárias para seu financiamento. Não se cogita questionar o intento de preservar os interesses do Estado relacionados à arrecadação tributária e à preservação a política tributária instituída e implementada por ele (STOCO, 1992).

Por ocasião do julgamento do RHC nº 163.334/SC, o STF houve por bem fixar a tese segundo a qual "O contribuinte que, de forma contumaz e com dolo de apropriação, deixa de recolher o ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço incide no tipo penal do art. 2º, II, da Lei nº 8.137/1990", criminalizando, pois, a conduta de não recolher ICMS próprio e declarado de maneira reiterada. Esta tese teve o mérito de restringir a incidência da norma penal aos casos em que houvesse repetição da conduta, ou seja, condicionou a verificação da transgressão de natureza criminal à constatação de contumácia (SCAFF, 2020). No entanto, muito embora encontre consonância com o entendimento manifestado pouco antes pela 3ª Turma do STJ na apreciação do HC nº 399.109, ela representou uma ruptura com relação à doutrina predominante (LEITE; BORGES, 2019).

É latente a crítica segundo a qual este recente posicionamento lança uma novidade que apresenta parâmetros frágeis, além de resultar de um processo de subsunção que tem sido alvo de questionamentos sobretudo por parte dos contribuintes, já temerosos pelas ameaças que esta mudança pode representar.

A evolução do Direito não dispensa debates teóricos antecedentes, mas deriva, dentre outros fatores, justamente da congregação de argumentos, raciocínios, concepções e pontos de vista diversos. Nesta senda, é certo que analisar os aspectos críticos de uma decisão como a que ora se examina é atividade prolífica, tendente a cooperar com o progresso na jornada rumo a um destino ainda não tão definido, mas que é orientada por uma bússola calibrada pelo melhor senso de justiça.

3.1. PONTOS CRÍTICOS DA EQUIPARAÇÃO DA CONDUTA APRECIADA COM O TIPO PENAL ELEITO

A qualificação de uma conduta como criminosa se dá em razão da ocorrência do fenômeno da subsunção, por meio do qual se identificam os elementos caracterizadores do comportamento do agente suspeito e

se comparam os mesmos com aqueles que integram a descrição do comportamento contida na norma penal. Conforme leciona Rogério Greco (2012), "há adequação típica, ou tipicidade formal, quando a conduta do agente se amolda perfeitamente a um tipo legal de crime". É essencial que haja essa identificação para se evitar a imputação penal inadequada, isto é, a fatos que não se amoldam àqueles eleitos pelo legislador como dignos desta modalidade de tutela por parte do Estado.

Nesse contexto, o primeiro ponto crítico que cumpre suscitar é aquele relativo à falta de compatibilidade entre a conduta de deixar de recolher ICMS próprio declarado e aquela expressa no tipo do artigo 2º, II, da Lei nº 8.137/1990, revelando, consequentemente, uma falha na subsunção do fato à norma incriminadora geral e abstrata.

Tal como já se elucidou em tópico anterior, todos os crimes contra a ordem tributária têm como elemento subjetivo do tipo o dolo. No caso da apropriação indébita tributária, trata-se da intenção de fraudar o Fisco por meio do ato de apropriar-se de quantia que deveria ser destinada aos cofres do Estado ou do Distrito Federal. Para se processar uma denúncia com este fundamento, é imperativo comprovar-se este intento (BOTTINI; ESTELLITA, 2019).

Este dolo específico não está presente na simples conduta de deixar de recolher o ICMS próprio e declarado. Em verdade, a atitude de declarar o débito já é um forte indício de que não havia intenção de fraudar o Fisco e embolsar aquele valor – se fosse essa a pretensão do contribuinte, seria muito mais conveniente, por óbvio, nem sequer prestar informação acerca da operação realizada, omitindo a incidência da norma tributária (MACHADO, 2009). Deveras, o mero inadimplemento consiste em uma infração de natureza administrativa, punível com sanção pecuniária, diferentemente do crime que envolve o não-pagamento de tributo fundamentado em fraude, o qual, por sua vez, será objeto de aplicação da legislação penal, com seus princípios, institutos e penas próprios (RIOS, 1998).

É patente a inconsistência ora apontada. Não se pode admitir a qualificação criminal de um comportamento que não preenche todos os requisitos para configuração do tipo penal tal como descrito pela lei. No inadimplemento do ICMS próprio declarado está ausente o elemento subjetivo do tipo, manifesto no dolo específico de fraudar.

Em uma enorme parcela dos casos, o não recolhimento do ICMS – e de outros tributos, em geral – se dá pela simples escassez de recursos, originada ou agravada por má administração, eventos imprevistos, uma crise no setor de atuação, instabilidade econômica conjuntural, ou até mesmo situações atípicas, a exemplo da pandemia que se tem enfrentado pelo mundo já há mais de um ano, a qual, comprovadamente, tem impactado violentamente tanto a esfera pública como a vida e a iniciativa privada. Os desafios são notórios no que diz respeito a empreender e administrar um negócio, de modo que, remetendo-se, ainda, à significativa quantidade de normas e à recorrente falta de conhecimento técnico, não raro as empresas fracassam em manter sua regularidade fiscal.

A reafirmar a assimetria entre o inadimplemento do ICMS próprio e declarado e o crime de apropriação indébita tributária, soma-se à falta deste quesito a ausência de desconto ou cobrança do valor que se deixou de recolher. A compreensão deste segundo aspecto depende da noção segundo a qual o sujeito passivo do tributo é aquele que figura no polo passivo da obrigação tributária concebida a partir da incidência da norma sobre o fato praticado em correspondência à hipótese por ela descrita. O comerciante, sendo quem realiza operação mercantil de circulação de mercadoria ou prestação de serviço, é quem incide no fato gerador e, assim, é quem ocupa esta posição.

O fato de o ônus econômico pesar em desfavor do consumidor final, a quem é repassado por meio do preço da mercadoria ou serviço, não exerce qualquer influência sobre a definição do sujeito passivo da obrigação tributária. Roque Carrazza (1994, p. 20-21) esclarece:

> Como o ICMS integra o preço da mercadoria, o consumidor final – voltamos a repetir – é mero contribuinte de fato. Quem realmente tem o dever de recolher o quantum debeatur é o comerciante, o industrial ou o produtor que praticou a operação mercantil (contribuinte de direito). [...]
>
> O consumidor final não figura no polo passivo da obrigação de pagar o ICMS. Tanto não, que se não houver o recolhimento tempestivo do tributo, não é ele que será executado ou sancionado, mas o comerciante, o industrial ou o produtor, que praticou a operação mercantil. Ainda que o comerciante, o industrial ou

> o produtor deixarem de repassar a carga econômica do tributo ao consumidor final, não se eximirão do dever de pagar o ICMS [...].

O autor distingue os conceitos de "contribuinte de fato" e "contribuinte de direito", sendo este último o que se designará como sujeito passivo da obrigação tributária, ainda que o outro arque com o peso do imposto. Deveras, diversos tributos, além de outros custos do processo produtivo, são embutidos no preço exigido pelas mercadorias e serviços. Todos estes valores são levados em conta pelas técnicas de precificação, a fim de se obterem parâmetros para fixar margens de lucro e evitar prejuízos. Esta postura, todavia, não torna o consumidor final parte nas relações jurídicas existentes entre o comerciante e, por exemplo, os fornecedores ou empregados envolvidos na atividade. Trata-se de prática comercial ordinária (PAULSEN, 2017).

Destarte, o recolhimento do imposto é dever do próprio comerciante, ainda que, para fazer frente a este valor, ele o considere no momento de fixar o preço de seus produtos e/ou serviços. Disto decorre que o inadimplemento do aludido tributo não corresponde ao tipo penal do artigo 2º, II, da Lei nº 8.137/1990, na medida em que não há desconto ou cobrança, tal como ensina Carrazza (1994, p. 21):

> O comerciante que não recolhe o ICMS, dentro dos prazos que a lei lhe assinala, não comete delito algum. Muito menos o capitulado no artigo 2º, II, da Lei n° 8.137/90.
>
> De fato, ele não está deixando de recolher, no prazo legal, tributo descontado de terceiro. O tributo é devido por ele (em nome próprio). Ele está, simplesmente, incidindo em inadimplemento. [...]
>
> Mas apenas isso. Nunca esse inadimplemento poderá conduzi-lo a uma condenação criminal. Por quê? Porque sua conduta não é típica. E, sem tipicidade, não pode haver crime, nem, muito menos, condenação criminal.

É inconteste que, se o tributo é devido pelo próprio comerciante, não cabe alegar que houve desconto ou cobrança do valor correspondente de terceiro. A relação jurídica se formalizou entre Fisco e contribuinte, o qual, deixando de cumprir com sua obrigação, incorre em mero ina-

dimplemento, que não se confunde com o crime de apropriação indébita tributária.

Outro ângulo sob o qual se deve apreciar a tese sob análise se encontra no território da inexatidão do termo "contumácia", empregado como importantíssimo elemento identificador do fato ali julgado. Consta do entendimento proferido que o inadimplemento a sofrer imputação penal é aquele qualificado pela contumácia, isto é, praticado reiteradamente. Mencionar tal pormenor coaduna com o propósito visado pelo julgamento, consistente no combate à evasão fiscal como estratégia negocial.

A despeito da diligência em cingir o emprego da sanção de caráter penal apenas aos casos em que a conduta é repetitiva, o STF se omitiu no que toca à fixação de parâmetros objetivos para discernir a configuração do inadimplemento contumaz. A ausência de um padrão com fronteiras bem definidas dá espaço ao surgimento de decisões contrastantes, já que a caracterização do crime dependerá do critério de cada julgador (RODRIGUES; MARTINES, 2020).

É certo que existem referenciais adotados no âmbito administrativo para categorização de contribuintes com fins de organizar programas ou regimes específicos, regulados nos limites da sua competência. Porém, é também inquestionável a premência de uma regulamentação a nível nacional para erigir um paradigma que autorize e fundamente a classificação como "contumaz" do inadimplemento praticado pelo contribuinte, favorecendo a isonomia e a uniformidade das decisões judiciais. Este conceito não está relacionado a aspectos subjetivos, associados ao ânimo do agente, mas, sim, a circunstâncias objetivas, atinentes à repetição delitiva (BOTTINI; FACCIOLLA, 2020).

A falta de amparo em premissas mais sólidas, tal como exposto, explica as profusas críticas que têm se erigido contra a tese fixada no bojo do RHC nº 163.334/SC. Em se tratando de um posicionamento firmado pelo Tribunal responsável pela guarida da ordem constitucional, sobre a qual se edifica todo o sistema jurídico, é de se admitir que as discussões não se reduzirão a proposições teóricas, mas o novo entendimento expandirá seus desdobramentos especialmente sobre a práxis. À vista disso, se pontuarão a seguir alguns dos efeitos que se vislumbram neste sentido.

3.2. POSSÍVEIS REFLEXOS DO POSICIONAMENTO DO STF

Não há dúvidas acerca do prestígio de que gozam os entendimentos expressados pelo STF, que, como corte constitucional composta por ministros de notório saber jurídico, deve desempenhar suas atribuições com arrimo na inteligência da Constituição Federal e nos valores e princípios por sua ordem abrigados. Nesta senda, é intuitivo presumir confiadamente que a tese ora examinada reverberará na prática dos tribunais, ecoando sobre o julgamento de casos similares.

O raciocínio perfilhado pelo STF poderá, então, ser utilizado de maneira analógica para apreciação de situações que envolvam outros tributos indiretos, tais como o ISS, frequentemente colocado em paralelo com o ICMS. Abre-se margem para se admitir que o inadimplemento de qualquer tributo enseje a configuração do crime de apropriação indébita tributária, se verificado que seu ônus econômico foi repassado (BOTTINI; ESTELLITA, 2019; GOMES et al., 2020).

Se os juízes poderão ser direcionados em sua atuação, os contribuintes também terão seu comportamento orientado pela nova perspectiva lançada. Evidentemente, a chance de ser sancionado ao prestar alguma informação que sugira o cometimento de crime é maior do que ao manter o silêncio. Se há possibilidade de condenação criminal pelo não pagamento de ICMS declarado, pode soar mais atrativo simplesmente omitir a incidência do tributo, deixando a cargo do Fisco a investigação acerca das operações imponíveis. Percebe-se, então, a sonegação como uma alternativa a se cogitar quando o empresário sabe que não conseguirá recolher o imposto. A inconveniência deste risco é manifesta, uma vez que, buscando inibir uma conduta, pode-se tornar vantajosa uma outra ainda mais reprovável.

Ainda, reportando-se à crítica tangente à vagueza dos vocábulos utilizados na redação da tese assentada, importa refletir sobre sua reprodução massiva em casos análogos, que pode propiciar grandes variações conforme as ponderações de cada juiz em torno dos conceitos pouco definidos que a permeiam. A título de ilustração, cite-se o ponto já comentado, concernente à caracterização da contumácia. A ausência de referenciais objetivos permitirá a coexistência de decisões bastante diversas, que con-

siderem o inadimplemento de qualquer número de parcelas superior a duas como contumaz. O não recolhimento de duas parcelas do imposto já representa a repetição de um comportamento, então cada magistrado poderá avaliar esta questão conforme seus próprios critérios.

O advento do Código de Processo Civil de 2015 evidenciou os esforços que se têm empreendido pela implementação de um sistema de precedentes mais sólido no Brasil. A valer, algumas decisões são elevadas ao status de paradigma, traçando diretrizes a serem observadas pelas subsequentes, em busca da uniformização da jurisprudência. Neste cenário, os pareceres de uma corte constitucional ostentam relevância proeminente dentro do sistema:

> [...] pode-se reconhecer uma atitude de olhar para o futuro na atividade de utilização de precedentes. Nessa perspectiva, a consolidação de decisões paradigmáticas por uma corte impacta na construção do direito uma vez que os pontos estabelecidos por ela passam a integrar o sistema jurídico (VOJVODIK, 2012, p. 218).

Os raciocínios afiançados em um posicionamento do STF, exercendo papel de tamanha influência sobre o arranjo jurídico e, consequentemente, sobre diversos outros âmbitos, devem ser estabelecidos de maneira sólida, devotando-se à promoção – ou no mínimo, à manutenção – da segurança jurídica. A confiabilidade e a previsibilidade do sistema dependem da robustez dos institutos e das instituições, seara na qual os tribunais em muito podem e devem contribuir.

Sobretudo com atenção aos fundamentos mais basilares da ordem jurídica, é imperativo privilegiar os valores e princípios constitucionais para a construção de uma tese a ser amplamente reproduzida. Do ponto de vista do julgamento do RHC nº 163.334/SC, portanto, conclui-se pela necessidade de se observarem a tipicidade, o adequado procedimento de subsunção, a precisa identificação de limites objetivos, entre outros ajustes, a fim de que se atenda à isonomia e se reverencie a segurança jurídica tão almejada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apreciando a questão atinente ao inadimplemento contumaz do ICMS próprio declarado, o STF fixou entendimento favorável à crimina-

lização desta conduta no julgamento do RHC nº 163.334/SC. Deveras, a repetição deste comportamento como forma de se esquivar do dever de recolher tributos a título de estratégia negocial é digna de tratamento rigoroso, com aplicação de penalidades que sirvam para desestimulá-la.

Sem embargo, este intuito não justifica a conivência com uma utilização distorcida da norma, dilatando artificialmente seu campo de abrangência para nele enquadrar o mero inadimplemento. Como visto, a incompatibilidade entre o tipo penal do artigo 2º, II, da Lei nº 8.137/90 e o inadimplemento do ICMS próprio declarado é denunciada com esteio em pontos bastante relevantes.

O elemento subjetivo do tipo, consistente no dolo específico de fraudar o Fisco, é indispensável à caracterização da apropriação indébita tributária. Sua ausência, portanto, vicia a pretensão de aplicação da lei penal ao caso concreto. Além disso, a ausência de desconto ou cobrança do valor do tributo é patente no caso do ICMS próprio, não havendo apropriação de valor que pertencia a terceiro e deveria ser repassado a outrem. Sujeito passivo da relação tributária e agente da prática delituosa não se confundem, motivo pelo qual o desconto ou cobrança do valor são requisitos para verificação da conduta.

Soma-se, ainda, à lista, a imprecisão dos parâmetros a serem adotados para identificação das condutas merecedoras de imputação penal nos moldes propostos. Neste estudo, se frisou o caráter genérico da contumácia, adotada pelo STF como um dos critérios para limitar a aplicação da tese firmada. Como visto, a falta de objetividade do conceito agrava o temor em torno da diversidade de decisões que podem surgir, cada qual embasada nas ponderações do magistrado que a proferiu.

Persiste o questionamento acerca da viabilidade de se edificar um sistema de precedentes robusto caso prevaleçam posicionamentos eivados por fragilidades como estas, sobretudo advindos da corte de maior prestígio no sistema brasileiro. A estabilidade do Direito e da prática forense é essencial para orientar com firmeza o comportamento de todos os personagens afetados pelos elos oriundos da atividade tributária e jurisdicional. Destarte, é essencial a adequação da subsunção dos fatos às normas legais, bem como a delimitação tão objetiva quanto possível dos parâmetros a serem considerados. Tudo isto dependerá da correta aplicação das premissas, que, neste caso, se voltam à compreensão das características do ICMS e

do crime de apropriação indébita tributária, conforme expostas nos primeiros capítulos.

De todo modo, é louvável o escopo de fazer frente à postura dos contribuintes que, por meio de fraude, buscam obter vantagens ilícitas às custas do Estado e em prejuízo do interesse público. Os aspectos críticos ora abordados não tencionam, por óbvio, minar esta iniciativa, mas tão somente cooperar para o aperfeiçoamento dos tratamentos empregados pelo Estado na busca de seus propósitos, sempre respeitada a segurança jurídica como pilar da ordem constitucional.

REFERÊNCIAS

BOTTINI, Pierpaolo Cruz; FACCIOLLA, Bruno Lescher. ICMS e crime: mais reflexões sobre a nova postura do STF. **Conjur**. 17 ago. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-ago-17/direito-defesa-icms-crime-reflexoes-postura-stf. Acesso em: 13 mar. 2021.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz; ESTELLITA, Heloisa. Com tese do STF sobre ICMS, não pagamento de outros tributos também será crime. **Conjur**. 16 dez. 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-dez-16/bottini-estellita-tese-stf-icms-vale-outros-tributos. Acesso em: 15 mar. 2021.

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

_____. Congresso Nacional. Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 27 dez. 1990. Seção 1, p. 25534.

CARRAZZA, Roque Antonio. **ICMS**. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2001.

_____. O ICMS e o delito capitulado no artigo 2º, II, da lei nº 8.137/90: problemas conexos. **Justitia**. São Paulo, v. 56, n. 168, p. 17-24, out./dez. 1994.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____ **Direito tributário**: linguagem e método. 7. ed. rev. São Paulo: Noeses, 2018.

GOMES, Daniel de Paiva; GOMES, Eduardo de Paiva; PRZEPIORKA, Michell; TAKANO, Caio Augusto. A apropriação indébita tributária na jurisprudência dos tribunais superiores. **Conjur**. 08 jan. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-jan-08/opiniao--apropriacao-indebita-tributaria-segundo-stf-stj. Acesso em: 14 mar. 2021.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte feral. 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

LEITE, Alaor; BORGES, Ademar. Parâmetros interpretativos para a criminalização do não recolhimento de ICMS próprio: configuração típica e exigências procedimentais. **Jota**, 17 dez. 2019. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/parametros-interpretativos-para-a-criminalizacao-do-nao-recolhimento-de-icms-proprio-17122019. Acesso em: 12 mar. 2021.

MACHADO, Hugo de Brito. **Crimes contra a ordem tributária**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

MONTEIRO, Samuel. **Dos crimes fazendários**: compêndio teórico e prático. Tomo I. 2. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Iglu, 2000.

PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário completo**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

RIOS, Rodrigo Sánchez. **O crime fiscal**: reflexões sobre o crime fiscal no direito brasileiro (Lei 8.137, de 27/12/1990) e no direito estrangeiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

SCAFF, Fernando Facury. A elétrica combinação entre direito tributário e direito penal. **Conjur**. 13 jul. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-jul-13/justica-tributaria-eletrica-combinacao-entre-direito-tributario-direito-penal#:~:text=Seguramen-

te%20voc%C3%AA%20soube%20da%20pris%C3%A3o,de%20Fazenda%20de%20Minas%20Gerais. Acesso em: 12 mar. 2021.

STOCO, Rui. Sonegação fiscal e os crimes contra a ordem tributária. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 675, p. 335-353, jan. 1992.

VOJVODIC, Adriana de Moraes. **Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal**: entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro. 2012. 269 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.

O PAPEL DA LEI NO DIREITO TRIBUTÁRIO COMO INSTRUMENTO DE TUTELA DA SEGURANÇA

Michele Ribeiro Haddad[74]
Vitória Machado Rodrigues Sousa De Freitas[75]
Laura Gama Guerreiro[76]

INTRODUÇÃO

Desde 1988, as perspectivas formalistas do Direito Tributário, estritamente liberais e individualistas, têm perdido espaço para visões outras, que buscam efetivar os múltiplos valores e princípios consagrados na Constituição Federal. Esse contexto de abertura axiológica do Direito traz reflexos também para a relação tributária, que, segundo alguns, deixa de estar pautada exclusivamente em uma excessiva preocupação de reforço da segurança jurídica dos particulares (o direito como proteção contra o Estado), para passar a ser pautada sob o viés de cooperação e transparência entre contribuintes e Fisco (o direito em favor de um bem comum).

O panorama acima abordado faz surgir o seguinte questionamento: seria admissível promover uma releitura do princípio da segurança jurídica? E ainda, em caso positivo, quais seriam os reflexos dessa postura

74 Mestranda em Sociologia Política pela UENF, Especialista em Direito da Criança e do Adolescente pela FMP-RS e Bacharela em Direito pela UCAM/CAMPOS.

75 Bacharela em Direito pela UCAM/CAMPOS.

76 Bacharela em Direito pela UCAM/CAMPOS.

em relação ao papel da legalidade tributária? Em que grau e limites seria admissível deslegalizar o Direito Tributário?

São basicamente essas as questões que, na medida do possível, se pretende abordar no presente estudo. Suas respostas balizam as premissas da atividade tributária do Estado, sendo, portanto, da mais alta relevância para o estudo do Direito Tributário.

Para buscar respondê-las, o presente artigo se valerá de pesquisa de natureza pura e exploratória, uma vez que a análise dos aspectos abordados seguirá em consonância com a pesquisa bibliográfica utilizada como base, por meio da metodologia hipotético-dedutiva. Inicialmente serão abordadas as diferentes concepções jus filosóficas da atividade tributária, na perspectiva da relação entre Estado e contribuinte. Em seguida, pretende-se analisar os reflexos de uma dessas posições sobre a estrutura, função e importância do princípio da segurança jurídica, para então tratar da sua influência no papel desempenhado pela legalidade no Direito Tributário brasileiro. Ao fim, antes de partir para as conclusões, o intento é discutir possíveis aplicações da espécie de legalidade tributária adotada e, na medida do possível, propor soluções às controvérsias.

1. PREMISSAS JUSFILOSÓFICAS. A ATIVIDADE TRIBUTÁRIA DO ESTADO

A argumentação em torno do conceito, significado, importância e função do Direito Tributário e da norma tributária só se mostra genuína e sincera – e, portanto, coerente – na medida em que se expõem as premissas de raciocínio adotadas. Em outros termos, ninguém consegue sustentar uma argumentação jurídica sobre o papel do Estado e da sociedade (indivíduo e coletividade) na tributação, se não se deixarem transparecer as premissas filosóficas e jurídicas que se tomam como ponto de partida. Ponderar a justificativa adotada, abrindo-se à crítica, é o primeiro passo para controlabilidade racional e democrática da argumentação jurídica.

Ao longo da história brasileira recente, a maior parte dos juristas que se ocupam da atividade tributária adotam, mesmo que de modo velado, uma premissa de raciocínio estritamente liberal-individualista. Nessa perspectiva, encontram-se aqueles que pensam o Estado praticamente como inimigo, e a sua atividade, especialmente a tributária, como expro-

priatória do patrimônio do indivíduo. Num contexto como esse, em que a norma tributária é tida como instrumento de poder do Estado e, consequentemente, norma de rejeição social, norma excepcional, naturalmente o Direito Tributário é visto como instrumento de proteção do indivíduo, devendo disciplinar o controle do poder estatal.

Como decorrência, valoriza-se a segurança jurídica em face do poder Estatal, até mesmo em detrimento de princípios outros baseados nos valores de justiça e igualdade social. Corolário disso é a justificativa da norma tributária apenas e na medida que preencha requisitos de máxima certeza, clareza, completude, taxatividade das condutas previstas no antecedente normativo e plena determinação da consequência jurídica aplicável. Exemplo disso é a doutrina de Alberto Xavier, para quem o princípio da segurança jurídica se desdobra no princípio da legalidade como "tipicidade fechada", por meio de subprincípios de *seleção, numerus clausus* (taxatividade e proibição de analogia), exclusivismo e determinação conceptual.

Outra possível visão da relação da sociedade com o Estado é a que preconiza, o tanto quanto possível, um viés cooperativo. Nessa perspectiva, o enfoque é não mais do tributo como exercício de poder, mas na função do tributo como atividade voltada à promoção da liberdade e igualdade individuais. O Estado deixa de ser tratado como inimigo, para passar a ser tido, ao lado da sociedade, como mais um dentre os agentes promotores do bem-estar e da solidariedade. A norma tributária, por sua vez, é tida não como norma de imposição, à qual o cidadão deve simplesmente se submeter sem justificativa, e abre-se caminho para que o Direito Tributário seja tido como instrumento de promoção de valores fundamentais da pessoa humana e da sociedade.

Tudo leva a crer ter sido essa a premissa adotada pelo modelo de Estado adotado por BRASIL, 1988, ao enunciar, em seus princípios fundamentais (arts. 1° a 49), que a República Federativa do Brasil, se constitui em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, de um lado; e de outro, como objetivos construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas

de discriminação. Fundamentos e finalidades baseados nas ideias de individualidade em sintonia com a coletividade; liberdade não em oposição, mas em harmonia com a justiça e a solidariedade. Este estudo denomina uma tal corrente jurídico-filosófica d*e* liberalismo igualitário*,* em contraposição ao liberalismo-individualista (quase no extremo libertário*)* citado linhas acima.

Como decorrência de uma postura mais igualitária, admite-se a ponderação entre valores de segurança e justiça como legitimadores dos princípios da tributação. A segurança jurídica, ai inserida, não se consuma apenas *contra* o Estado *("status negativus* dos direitos"), mas também como dependente do Estado *("status positivus libertatis"*) – na medida em que: (I) se reconheça que o "o excesso de preocupação com a segurança e o exagero na sua defesa descamba para a insegurança", especialmente "no processo legislativo, no qual o excesso de regulamentação leva ao preciosismo" e também no processo judicial, em que a demasia conduz inexoravelmente à complicação e ao formalismo"; (II) se reconheça que, contemporaneamente, o papel da Sociedade é preponderante, "restando ao Estado agir subsidiariamente na sua função regulatória"; mas, ao mesmo tempo, (III) não se deixe de atribuir ao Estado o papel de agente de redistribuição das riquezas, a equalizar o déficit de proteção dos indivíduos, naturalmente inerente a qualquer sociedade, na medida em que se constata a "impossibilidade de o indivíduo ou a sociedade resolverem os seus próprios problemas", conforme discorre TORRES, (2014).

Nessa perspectiva, questiona-se se a norma tributária realmente deve conter necessariamente, os atributos de máxima clareza, completude, taxatividade das condutas previstas no antecedente normativo e plena determinação da consequência jurídica aplicável. À necessidade ou não dos atributos de taxatividade e de plenitude conceptual das condutas previstas no antecedente normativo, como atributo de máxima clareza, corresponde a discussão acerca do papel normativo da linguagem no Direito, com relação à (in)determinação dos conceitos e (in)admissibilidade dos tipos e cláusulas gerais como métodos de construção da norma jurídica tributária. Por sua vez, à taxatividade tanto das condutas previstas no antecedente (pressuposto fático da norma) quanto daquelas dispostas no consequente (se e quanto pagar) pode ainda corresponder uma outra discussão, até mesmo independente da primeira e com outro enfoque, qual seja: ao grau

de segurança que se admite mitigar, para a promoção dos demais valores que legitimam e informam o ordenamento jurídico.

2. DA FORMA AO CONTEÚDO. DIMENSÕES DE ANÁLISE DA SEGURANÇA JURÍDICA NO ÂMBITO TRIBUTÁRIO

Nesse contexto, de tensão entre visões liberais-individualistas e liberais-igualitárias, identificam-se duas pautas que balizam a discussão acerca da melhor forma de demarcar a segurança jurídica.

2.1. PRIMEIRA PERSPECTIVA: SEGURANÇA JURÍDICA IMERSA NO EMBATE ENTRE TIPICIDADE E INDETERMINAÇÃO CONCEITUAL

2.1.1. ESTRUTURA DA LEGALIDADE. A LEGALIDADE EM SENTIDO FORMAL

Em matéria tributária, a legalidade significa algo além da mera autorização para que o Estado efetue a cobrança de tributos. O enunciado do art. 150, 1, CF/1988 é informado pelos valores da justiça e da segurança jurídica, determinando que a lei, entendida no seu sentido formal, seja o veículo que institua ou majore a cobrança de tributos. É dizer: a legalidade em matéria tributária significa que é a lei quem estabelece a exigência ou o aumento do tributo. Por conseguinte, não é suficiente a criação ou aumento de tributo em virtude de lei.

Assim, a lei em sentido formal deve ser entendida como ato normativo emanado do órgão titular da função legislativa. No Brasil, então, a lei em sentido formal é o ato normativo emanado do Congresso Nacional, elaborado de acordo com o devido processo legislativo constitucional, que, na Constituição Federal de 1988, encontra disciplina característica na Seção VIII do Capítulo I do Título IV. Em outras palavras, a dimensão formal da lei refere-se à espécie de veículo normativo que ditará, em primeiro plano, determinadas situações jurídicas; no caso do Direito Tributário, a relação jurídica entre o Fisco e o contribuinte.

Importante destacar que o vocábulo lei é constitucionalmente utilizado para indicar diferentes tipos de atuação normativa do Estado. A rigor, a expressão *lei* pode designar uma lei complementar, ordinária ou mesmo delegada. Além disso, por força de disposição constitucional, as medidas provisórias têm força de lei (art. 62, CF/1988).

2.1.2. ESTRUTURA DA LEGALIDADE. A LEGALIDADE TRIBUTÁRIA EM SENTIDO MATERIAL

Quanto ao significado material da *lei,* em matéria tributária, a legalidade significa algo além da mera autorização para que o Estado efetue a cobrança de tributos. Isso se dá por meio da lei, assim entendido como único veículo normativo apto a estabelecer os elementos basilares da relação jurídica tributária.

Neste particular, o art. 97 do Código Tributário Nacional (BRASIL, 1966) determina que fato gerador da obrigação tributária principal, base de cálculo, alíquota, sujeito passivo e penalidades pecuniárias estejam previstas em lei. Isso é igualmente necessário para as hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários, ou de dispensa ou redução de penalidades, bem como para a majoração de tributos, sua redução ou mesmo de isenção.

Nesse contexto, situa-se a questão da amplitude de indeterminação conceitual admissível pela norma jurídica tributária. Enquanto para a visão mais tradicional do Direito Tributário brasileiro (liberal-individualista), a lei tributária deveria conter todos os elementos estruturais dos tributos, descritos forma o mais detalhada possível, não se admitindo qualquer tipo de indeterminação conceitual; sob outra perspectiva (liberal-igualitária), não é tão relevante a questão do grau de precisão de que o legislador deve se valer, na descrição não só das materialidades que ensejam a tributação (antecedente normativo), mas também do consequente normativo (quanto, a quem, onde, como pagar) – nesse segundo contexto, abre-se espaço para que a atuação da autoridade administrativa preencha em maior ou menor grau o conteúdo da norma tributária, diminuindo o grau de incerteza inerente à linguagem. Nesse contexto, insere se a discussão acerca da tipicidade e do conceptualismo no Direito Tributário como fatores de promoção da segurança jurídica.

2.1.3. A SEGURANÇA JURÍDICA E A QUESTÃO DA "TIPICIDADE FECHADA"

É ainda hoje difundida, na doutrina brasileira, a ideia de que a legalidade tributária tem como corolário o princípio da tipicidade. Essa ideia parte da constatação de que a legalidade em matéria tributária teria contornos mais rígidos que aqueles estabelecidos para a generalidade do Direito e, até mesmo, em relação ao próprio Direito Administrativo.

A ideia seria a de um princípio da tipicidade tributária, dirigido tanto ao legislador quanto ao intérprete. Para o primeiro, o comando decorrente desse princípio significaria que a lei formulada deve prever, de modo taxativo e completo, as situações (tipos) tributáveis, bem como os critérios de quantificação do tributo. Para o segundo, por sua vez, a lei vedaria a interpretação extensiva e a analogia".

Como bem sintetiza Rocha (2007), a teoria da tipicidade foi, então, desenvolvida no Direito Tributário brasileiro a partir da ideia de que o tipo seria uma descrição abstrata e fechada de uma hipótese que, vertida em linguagem normativa, determina uma consequência jurídica. A tipicidade, por sua vez, seria uma característica do fato concreto em que se verificam todos os elementos descritos na norma legal.

Derzi (2007), após profundo estudo que ficou registrado em sua obra Direito Tributário, Direito Penal e Tipo, esclareceu que há uma incoerência em dizer que a tipicidade seria fechada. Diferentemente do conceito classificatório, o tipo não é definido, mas apenas descrito. Algumas de suas características podem faltar, ou seja, nem todas elas são necessárias. Deste modo, o tipo é mais concreto e rico em conteúdo que o conceito. No tipo, a investigação jurídica consuma-se não por meio da por meio da subsunção, mas da ordenação, comparação e analogia. Em suma, os conceitos de tipo (ou simplesmente *tipo*s) são abertos por definição, sendo a expressão tipo fechado "uma contradição e uma impropriedade".

Derzi (2007) esclarece ainda que, ao definir tipo fechado, Xavier (1978) na verdade valeu se de uma classificação adotada por Larenz na obra Metodologia da Ciência do Direito, entre os tipos aberto e fechado, sendo este último caracterizado por elevado grau conceitual. No entanto, essa categorização foi abandonada por Larenz, que, a partir da terceira edição de sua obra, passou a defender que os tipos são sempre abertos.

De todo modo, Derzi (2007) defende que, no Direito Tributário, assim como na seara Penal, "grande parte daquilo que se chama tipo jurídico é convertido, na realidade, em conceito fechado, pela lei ou pela ciência do direito", havendo uma verdadeira tendência conceitual classificatória. Isso porque, se, de um lado, (I) o legislador administrativo, ao conferir poder discricionário, autoriza o exercício da manifestação de vontade do agente que praticará o ato administrativo, de forma mais ou menos ampla; de outro (II) o "legislador penal ou tributário procura exaurir, na norma legal, previamente, o conteúdo de vontade do ato de execução, judicial ou administrativo".

Essa concepção que valoriza uma (impropriamente denominada) tipicidade cerrada ou tendência conceitual classificatória no Direito Tributário foi severamente criticada por outro segmento da doutrina, que buscava legitimar o uso de conceitos indeterminados, cláusulas gerais e tipos na formulação da norma tributária. Essa corrente defende que o Direito Tributário, na nova ordem constitucional, abre-se ao pluralismo metodológico. Nesse contexto, Torres (2014) ensina que o pluralismo metodológico abre também caminho para a interação entre os poderes do Estado, com a participação do juiz e do administrador, ao lado do legislador, no processo de concretização do Direito, inclusive na seara tributária.

Não se quer dizer, com tudo isso, que a Administração Pública poderá criar tributo onde não exista, ou interpretar o texto legal para além dos limites do razoável. Evidentemente, a relação jurídica tributária deve ter como suporte a lei, nos termos do art. 150, I (BRASIL, 1988). A intervenção, portanto, deve ser estabelecida diretamente pela lei. Nesse novo cenário, a legalidade tributária continua absoluta, querendo-se com isso referir-se à ideia de que "a lei seja o veículo que estabeleça o vínculo jurídico entre o Estado e o Contribuinte, numa norma em que estejam contidas todas as escolhas fundamentais originárias quanto à incidência tributária". Deste modo, Lodi conclui que o significado da legalidade tributária está mais ligado à exigência de que "todas as decisões essenciais e com aptidão para permanência devem ser tomadas pelo próprio Parlamento (reserva de essencialidade)", conforme ainda explicita Torres (2014).

Portanto, para essa corrente metodológica, não é necessário que todos os elementos necessários à exigência tributária estejam previstos na lei. Basta que dela "derivem os critérios de distribuição dos encargos

tributários, a partir da decisão sobre as situações concretas, que determinarão se ocorrerá a tributação e, em caso afirmativo, *o quantum*" da tributação. A exigência é de que, mesmo com o uso de tipos abertos e conceitos indeterminados, haja critérios suficientes para habilitar a atuação da autoridade administrativa. Assim, a cognição dos conceitos jurídicos indeterminados não dependeria de fatores subjetivos avaliáveis pela Administração após a atividade interpretativa (discricionariedade), mas de uma valoração objetiva, partindo da vinculação aos critérios de decisão elencados na própria lei (já que, ainda que indeterminados, aqui se está tratando de conceitos).

2.1.4. CRÍTICA AO ENFOQUE NA DETERMINAÇÃO LINGUÍSTICA DOS CONCEITOS

Por mais relevante que tenha sido a contribuição dessa segunda corrente para desmistificar o dogma da tipicidade cerrada (ou da sua vertente de fechamento conceitual), é possível tecer ao menos uma crítica à tônica adotada por alguns desses autores. É que, na realidade, ambas as doutrinas discutem se há ou não necessidade de elevado grau de determinação conceitual na norma tributária, se é admissível ou não o uso de tipos, conceitos (determinados ou indeterminados) ou cláusulas gerais na construção do texto legislativo. Ou seja: parte-se do pressuposto de que, por meio da linguagem, é possível atingir um grau de precisão conceitual tamanho, que seja possível chegar até mesmo a um conceito determinado na feitura ou interpretação do texto legislativo.

No entanto, se o jurista dá um passo atrás se pergunta se há (ou se se pode atingir) sim um conceito puramente determinado, deve ele reconhecer com humildade, após detida reflexão, que o ser humano na verdade está rodeado por um mundo de *incertezas,* marcado pela insegurança nas relações sociais, pois a sociedade contemporânea se caracteriza como sociedade de risco, que conforme Torres (2014, p. 79), "a sociedade de riscos se caracteriza por algumas notas relevantes: a ambivalência, a insegurança, a procura de novos princípios e o redesenho do relacionamento entre as atribuições das instituições do Estado e da própria sociedade". Logo, a premissa utilizada nas últimas páginas deve ser não abandonada, mas sim complementada.

Em suma, se o enfoque deve ser o de buscar sair de um estágio inicial de maior incerteza, para um grau final de menor incerteza, para atingir esse desiderato não basta defender o grau de concretude da linguagem utilizada pelos textos legais. Deve-se então buscar um outro elemento que permita promover a segurança jurídica, tendo em consideração a cooperação entre os diversos agentes sociais na elaboração da norma tributária.

2.2. CONTEXTO, FUNÇÃO E IMPORTÂNCIA DA LEGALIDADE

Tal como destacado por Greco (2009), historicamente o tributo era associado ao poderio militar, sendo visto como uma espécie d*e* indenização pelos custos da guerra, paga pelo vencido ao vencedor. Posteriormente, com a atribuição de autoridade divina à realeza, o tributo passou a ser visto como um fator de distanciamento entre os detentores do poder e a sociedade em geral - noção que evoluiu para a de tributo como de custeio da nobreza dominante, identificada sob as vestes do Estado, em contraposição às demais camadas sociais. Daí que, com o advento do iluminismo e do racionalismo como base da legitimidade do tributo, no contexto da Revolução Francesa, passou-se a transferir a espectros mais amplos da sociedade (não só a nobreza, mas também à classe burguesa, p. ex.) a definição de o que e quanto tributar, como forma de limitar o poder do Estado. Ou seja: o tributo passou a ser legitimado por um caráter neutro de auto consentimento, exercido por meio de atividade do Poder Legislativo, representante da sociedade, com a edição de leis, em contraposição ao Poder Executivo, a quem caberia o papel de tendencioso de arrecadação. Naturalmente, o curso da história levou então a atividade tributária a deixar de ser uma mera relação de poder, para tornar-se uma relação instaurada dentro do Estado de Direito, i. e., é aquele que se submete à lei, à jurisdição e à garantia dos direitos individuais. Atualmente, com a mudança de paradigma acerca da relação entre sociedade e Estado (de embate para cooperação), identifica-se a legitimidade do tributo não apenas com o Poder Legislativo (como representante dos diversos grupos sociais), mas também na atividade do Poder Executivo, na medida em se valha, como Estado Subsidiário, da tributação como meio de promover os princípios de justiça e igualdade social.

Note-se então a abertura a um interessante fenômeno deslocamento (transferência) da legitimidade do tributo do Poder Legislativo para um retorno mais uma vez ao Executivo, mas agora considerando um novo contexto de cooperação entre as diversas funções estatais. E, na medida em que o Estado contemporâneo se caracteriza como Estado Subsidiário, a legitimidade da atividade tributária deixa de se identificar exclusivamente com o próprio ente estatal, para retornar também à identificação com o papel da Sociedade. No entanto, esse rearranjo de polos do poder não poderia ser feito sem a obediência a parâmetros mínimos. Por mais que a República Federativa do Brasil se constitua em Estado Democrático, ainda permanece como Estado de Direito, isto é, aquele que submete a repartição de poderes à lei. Portanto, a lei como veículo de normas não deixa de ter relevância, mas passa a ganhar um outro papel ou função: o de intermediar essas relações de poder entre instituições componentes do Estado, e igualmente entre o Estado é a Sociedade, visando à redução da insegurança e promoção da justiça, igualdade e solidariedade.

Ua proteção nem tão intensa à segurança jurídica deve ser acompanhada de contrapartidas que garantam um mínimo de racionalidade e controle intersubjetivo do poder. Daí a necessidade de, nessa transição, o Poder Legislativo (detentor da prerrogativa de produzir a lei como fonte de autoridade do Direito) definir critérios e parâmetros para legitimar a *delegação* do poder de tributar e da atividade tributária para outra instituição (como, p. ex., para outro Poder ou até mesmo para a própria sociedade). Isso, é claro, sem permitir que a questão descambe para a discricionariedade e o arbítrio na imposição tributária. Assim, a discussão deixa de se pautar apenas pela forma, para considerar também o conteúdo da legalidade na definição, aplicação e controle de critérios da tributação.

2.3. SEGUNDA PERSPECTIVA: A TUTELA DA SEGURANÇA JURÍDICA POR MEIO DA DEFINIÇÃO DE CRITÉRIOS E PARÂMETROS LEGAIS DE MENSURAÇÃO DOS ELEMENTOS DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA

Como visto, a discussão sobre o fortalecimento da segurança jurídica no atual estágio do Direito Tributário brasileiro não pode parar na crítica ao fetiche da tipicidade cerrada. Ao reconhecer que a sociedade atual se

encontra num mundo de incertezas, deve-se buscar atingir a segurança jurídica na tributação por meio da definição de critérios para a mensuração dos elementos da obrigação tributária, ao permitir a colaboração de outros Poderes estatais no exercício colaborativo da função tributária.

A questão é definir quais seriam esses critérios. Para tanto, devem-se antes estabelecer os "critérios dos critérios", isto é, apontar quais são as premissas metodológicas que legitimam a escolha de uma baliza em detrimento de outra pelo legislador, na construção dos parâmetros da delegação do poder. Nesse particular, deve-se reconhecer que o grande fator que legitima o estabelecimento de critérios e a delegação legislativa em matéria tributária é o reconhecimento da incapacidade técnica institucional do legislativo. Diante da eleição de elementos muito indeterminados na conformação do sistema tributário, surge a necessidade de socorro do Executivo, na medida em que se reconheça maior capacidade técnica ou institucional de outro órgão ou Poder, de mensurar os elementos da obrigação tributária.

O legislador evidentemente não tem condições de prever todas as situações que a criatividade humana pode oferecer na prática. Para tanto, recorre a conceitos, mais ou menos indeterminados, reveladores de capacidade econômica, elegendo-os como pressuposto do dever de pagar tributo. Ocorre que, a um grau maior de indeterminação do conceito, corresponde uma dificuldade maior de concretizá-lo, a depender mais de órgãos técnicos de mensuração dos quais o legislador não dispõe.

Tome-se, por exemplo, a alíquota do RAT, cuja definição depende da aferição do grau de risco de acidentes de trabalho da atividade preponderante da empresa – graus leve, médio e grave (art. 22, II, da Lei no 8.212/91). Não por outro motivo, o legislador ordinário delegou ao Ministério do Trabalho e da Previdência Social a possibilidade de alterar, com base nas estatísticas de acidentes do trabalho, apuradas em inspeção, o enquadramento de empresas, a fim de estimular investimentos em prevenção de acidentes (art. 22, § 3o, da Lei no 8.212/91).

Ou seja: a capacidade técnica institucional ou *expertise* é, sem dúvida, o grande fator que legitima o estabelecimento de critérios e a delegação legislativa da definição de elementos ou aspectos da obrigação tributária.

Outros poderiam ser pensados, não sendo a *expertise* da Administração Pública o único fundamento da delegação legislativa.

2.3.1. A POSSIBILIDADE DE COMPLEMENTAÇÃO DO CONTEÚDO DA NORMA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Como se percebe, diante da imprecisão e da abertura da linguagem, a importância do regulamento (atividade da Administração Pública) cresce na redução do estado de insegurança. Apesar de o Direito Tributário se estruturar especialmente a partir do discurso do legislador, dever-se-ia reconhecer que há espaço para a complementação da interpretação na seara administrativa. Assim, diante dos princípios da publicidade, isonomia e determinação, afirma-se que seria melhor que a Administração Pública definisse quais critérios utilizará na concreção do conceito jurídico indeterminado, do que deixar a cada aplicador a atividade de defini-los.

A recomendação, então, é que os conceitos jurídicos indeterminados sejam esclarecidos pelo regulamento. A inovação por ele trazida seria admitida, na perspectiva da juridicidade. Com efeito, TORRES (2014) narra que o Tribunal Constitucional alemão já reconheceu a validade da complementação da regra de imposição fiscal pela Administração Pública, sem que isso se confunda com o exercício de atividade discricionária. Situação semelhante ocorre nos Estados Unidos e na Inglaterra.

No entanto, não se chega ao ponto de admitir o regulamento autônomo em Direito Tributário conforme explica o autor, pois é a lei o ponto de partida e apoio, que estabelece todas as decisões fundamentais (reserva da essencialidade) quanto à definição sobre quem irá suportar o ônus fiscal e em que medida o fará. Deste modo, o papel inovador do regulamento limita-se: (I) a dispor sobre os detalhes não reservados ao legislador, que deve preocupar-se apenas com o que é essencial; e (II) interpretar os conceitos indeterminados contidos na lei, a partir de uma valoração objetiva.

Igualmente, torna-se possível, dentro dessa perspectiva, a aplicação de conceitos técnicos pela Administração Pública, que geralmente tem melhores condições de avaliar aspectos técnicos que o legislador. No entanto, para que isso aconteça, é necessário que a lei, reconhecendo essa incapacidade do legislador, faça expressa remissão ao regulamento, explica Torres (2014). Neste sentido, "o espaço para a interpretação na via do regulamento será tanto maior quanto mais complexa for a valoração" (TORRES, 2014, p.162).

Em todo caso, para que o princípio da legalidade não seja violado, importa que o regulamento não ultrapasse os limites da atividade hermenêutica, ainda que tal atividade tenha sido a ele expressamente delegada; nem que a lei delegue a ele a definição dos aspectos essenciais da relação jurídica tributária.

3. CONCLUSÃO

Por meio deste estudo, buscou-se demonstrar que a temática da segurança jurídica ganha contornos variados no cenário contemporâneo, sendo necessário criar novas fórmulas de justificação desse direito fundamental. Nesse aspecto, situou-se a discussão acerca da passagem de um fundamento liberal individualista para um outro liberal-igualitário, expondo então quais seriam os desdobramentos dessas premissas no papel e função da legalidade tributária no brasil, enquanto Estado Democrático de Direito que se propõe a ser.

Destacou-se, ainda, a discussão da legalidade tributária num panorama histórico, descrevendo a doutrina clássica do fechamento do tipo, o equívoco conceitual, o fetiche da classificação conceptualista, e a doutrina mais recente, que refuta a necessidade de plena determinação conceitual.

Após uma reordenação do foco a ser dado, passou-se à segunda perspectiva (funcional) de legitimação da proteção à segurança jurídica. Nesse enfoque, a segurança jurídica deixa de ser apenas da forma e passa a ser também do conteúdo da norma tributária, no sentido de admitir que o legislador transfira parte do poder de tributar para outros órgãos, na medida em que tenham maior expertise para definir e mensurar um ou alguns dos elementos da obrigação tributária

Por fim, demonstrou-se que essa perspectiva renova a discussão acerca da admissibilidade do regulamento no direito tributário, como instrumento de certificação da obrigação tributária e de planejamento do contribuinte.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. **Dicionário de política**. V. 2. 5a ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1993.

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

_____. Lei nº Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966. **Código Tributário Nacional**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/531492/codigo_tributario_nacional_3ed.pdf. Acesso em: 07 abr. 2021.

_____. Ministério da Fazenda. Secretaria da Receita Federal. **Crise do formalismo no Direito Tributário brasileiro**. Disponível em: <http://www.pgfn.fazenda.gov.br/revista-pgfn/revista-pgfr/ano-i--numero-i/greco.pdf> Acesso em: 14 mar. 2021.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. **Direito Tributário, Direito Penal e Tipo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRECO, M. A. **Crise do formalismo no Direito Tributário brasileiro.** Disponível em: <http://www.pgfn.fazenda.gov.br/revista--pgfn/revista-pgfn/ano-i-numero-i/greco.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2021

GRECO, M. A. Do poder à função tributária. In: FERRAZ, Roberto (Org.). **Princípios e limites da tributação 2.** São Paulo: Quartier Latin, 2009.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. **A Segurança Jurídica do Contribuinte. Legalidade, Não-surpresa e Proteção à Confiança Legítima.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ROCHA. S. A. Existe um princípio da Tipicidade no Direito Tributário? **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo, n. 136 jan. 2007.

TORRES, Ricardo Lobo. **Normas de Interpretação e Integração do Direito Tributário**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **Normas de Interpretação e Integração do Direito Tributário**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. Valores e Princípios constitucionais tributários.** 2a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

XAVIER, A. **Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1978.

A CEGUEIRA NAS BASES DAS POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS NO BRASIL: SERÁ POSSÍVEL UMA LUCIDEZ ATRAVÉS DOS *PUNITIVE DAMAGES*?

Igor Labre de Oliveira Barros[77]
Ângela Issa Haonat[78]

INTRODUÇÃO

A política ambiental brasileira iniciou sua trajetória a partir da década de 1930. A política ambiental federal brasileira começou a ser delineada a partir da década de 1930, tendo evoluído, principalmente, a partir da pressão de organismos internacionais e multilaterais (Banco Mundial, sistema ONU – Organização das Nações Unidas, e movimento ambientalista de ONGs) e em função de grandes acontecimentos internacionais ocorridos

77 Assessor Jurídico NACOM – Corregedoria do Tribunal de Justiça do Tocantins. Escritor. Bacharel em Direito – CEULP\ULBRA – Palmas -TO. Estagiário credenciado pela OAB/TO. Técnico Federal em Agroindústria – IFTO. Diretor de Novas Gerações - Rotary. Pesquisador do PROICT. Monitor de Direito Constitucional e Direito Administrativo no Curso de Direito – CEULP\ULBRA. Membro do GEDA –Grupo de Estudos de Direito Administrativo. Membro LADIFA- Liga de Direito de Família. Palmas-TO.

78 Juíza do Tribunal Regional Eleitoral do TO. Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogada e Professora da Católica do Tocantins, FASEC e UFT em Palmas-TO.

a partir da segunda metade do século XX. Tais acontecimentos influenciaram o curso das políticas ambientais em todo o mundo.

Desde então, o país tem avançado gradualmente tanto no estabelecimento de marcos legais na temática, como no processo de institucionalização das políticas públicas de meio ambiente. A consideração também acerca de direção institucionais, considerando estás, com foco em um meio ambiente saudável, como bem público, é de responsabilidade comum tanto dos governos como da sociedade e de suas instituições, merece respaldo neste escrito. Nesse sentido, apoiado pela Constituição Federal, que adota a preservação do meio ambiente como um ponto público, que não estar sujeito exclusivamente da atuação do Estado para seu equacionamento.

A Magna Carta de 1988 inaugura uma nova fase na história jurídica e política brasileira, em razão do seu advento, ultrapassa-se a concepção rígida do positivismo jurídico para dar lugar a uma Constituição compromissária, que busca materialização, através do resgate de promessas de igualdade, justiça social e realização dos direitos fundamentais. Os preceitos ambientais na Constituição objetivam guardar seus preceitos fundamentais, por isso não se pode admitir que permanecessem somente no papel, sem a devida valorização e utilização.

Fazendo uma paráfrase de José Saramago, a lucidez que se pretende atingir é aquela que se opõe á loucura, ao desvario de um sistema de jurisdição constitucional que possui muitas opções, mas pouca efetividade. Saramago, nas obras *Ensaio sobre a cegueira* e *Ensaio sobre a lucidez*, insiste em questões éticas e políticas para entender as razões de epidemia branca, simbologia que revela o permanente questionamento das instituições vigentes. Nessa linha de orientação, abordam-se as políticas públicas ambientais e a necessidade de bases para evitar desastres ambientais que são oriundos das negligências humanas, pilar defendido através dos *punitive damages*.

As recentes e contínuas calamidades trazem a indigência de perceber os problemas ambientais como um assunto de política pública de absoluta relevância. Deste modo, a sugestão dessa leitura não tem como desígnio somente oferecer uma linha do tempo concisa sobre principais normas, programas institucionais e decisões judiciais de veemência ao direito ambiental, mas sim, analisar se as políticas públicas estão ou não direcionando o direito para prevenir novos acidentes ambientais, geri-los de forma competente quando não puderem ser impedidos e responsabilizar ade-

quadamente aqueles que necessitam ser responsabilizados, com estima ao instituto dos *punitive damages* como meio efetivo na responsabilização.

Os adversos pontos levantados em volta do dano moral o âmbito ambiental, e sua reparação sempre apontaram aspecto no desenvolvimento do ordenamento jurídico das comunidades civilizadas e só gradativamente foram ultrapassadas pela chegada de manifestações cômodas, que se incluíram, até obter dominação, mais recentemente. Contudo, mesmo deliberada à demanda pela expectativa da reparação, nem assim se pode avaliar pacificado o objeto, em ensejo dos múltiplos e intricados aspectos que o circundam.

Não obstante, a reparação do dano moral tenha-se contornado irrefutável com a Constituição Federal de 1988, que, nos incisos V e X do art. 5º, expressamente assegura o direito a compensação pelo dano material ou moral, os empecilhos prosseguem. Conjeturada a reparação do dano extrapatrimonial mediante indenização, termo que recomenda a integral compensação do dano suportado pelo ofendido, insurge, dentre outros, espaçosa altercação acerca da possibilidade de aproveitamento, no direito pátrio, de *punitive damages,* ou seja, de indenização punitiva, a qual eleva o ressarcimento, pois implica em compensação imposta ao ofensor também com acepção de censurar sua conduta. Instituto que ligado às acepções do dano ambiental se torna importante, em face de consecutivos desastres ambientais no Brasil e negligência de atos por parte dos atores dos danos ambientais. O contemporâneo estudo analisa a questão ponderando os julgados das cortes superiores e panoramas das políticas públicas ambientais. Por se tratar de um mestrado interdisciplinar se visualiza que a aplicação do que é defendido neste trabalho proporciona benefícios à sociedade em curto e longo prazo, em face de fomentar a prevenção ambiental.

O trabalho está estruturado com sua parte inicial abordando sobre as influências na política pública ambiental do Brasil, após as dificuldades na agenda ambiental brasileira e os declínios na estrutura. Na última etapa destaca-se sobre o dano, o alinhado ao dano ambiental e sobre a possibilidade de aplicação dos *punitive damages* e a fomentação a prevenção ambiental que o mesmo traz. O método de abordagem adotado aqui, por essa razão é o dialético, pois o mundo um conjunto de processos e, por isso, dinâmico, propugna-se que no caso, torna-se o estudo do direito. Utiliza-se, quanto aos procedimentos adotados, o histórico, o comportamen-

to e o monográfico, todos vão facilitar a abordagem de institutos e casos que influência o tema. Durante a exposição, de forma alguma, objetiva-se esgotar a matéria, tendo em vista a amplitude bibliográfica, procura-se questionar a efetividade das políticas publicas ambientais e oferecer uma base de lucidez através dos *punitive damages*.

1. ESTABELECIMENTO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS NO BRASIL

1.1. INFLUÊNCIAS INTERNACIONAIS, DIFICULDADES E REFLEXOS

O tema ambiental, mesmo em contemporâneos colapsos, "uma cegueira de quem não é sego", é matéria cada vez mais em fluxo na agenda internacional e nas agendas multilaterais. Sob a égide da ONU, o tópico ingressou mais intensamente no Brasil a partir da década de 1970. Uma dessas elogiáveis ações foi à criação da Secretaria Especial de Meio Ambiente (Sema) com o desígnio de versar dos pleitos ambientais, a partir da entrada de algumas colocações de outras instituições existentes, deu mais foco ao desempenho na temática, que transpôs a ter destinatário verificado para as políticas públicas ambientais,"o desenvolvimento do papel do Estado na regulação do meio ambiente ocorreu mesmo na contramão à tendência geral de redução de intervenção pública na época" (BURSZTYN; BURSZTYN, 2013).

A estrutura institucional regressada à política ambiental foi estruturada gradualmente. A organização sob a forma de um Sistema Nacional de Meio Ambiente – Sisnama é um dos mais importantes instrumentos, o Sisnama concebe "a articulação da rede de órgãos ambientais existentes em todas as esferas da administração pública, mas que ele não existe por si só, pois o todo funciona a partir de partes reais e a alma do sistema seria a comunicação ou interação entre as partes" (MILARÉ, 2009). Esta circulação de estruturação institucional determina sempre uma nova adaptação para a consideração dos desempenhos ou incumbências institucionais recém-instituídas e as tarefas de desenvolvimento institucional.

Um fator formidável para esse empenho estatal é que o financiamento internacional de estabelecimentos como o Banco Mundial tem adaptado,

durante um extenso período, as políticas ambientais brasileiras. Pode-se pronunciar que as concepções de muitos órgãos ambientais foram em decorrência da pesquisa em dar uma réplica às coações externas. Sob esta influência externa, o Brasil vem se regularizando, em partes, por uma agenda de veemência internacional.

Nas últimas décadas, houve uma propagação de pactos ambientais internacionais. O meio ambiente é o segundo campo mais ordinário para combinação entre os países. Desde 1940, até meados da segunda década de XXI, o Brasil "assinou 33 acordos multilaterais ambientais nos mais variados temas, que não tratam apenas de aspectos ambientais, mas envolvem questões da política externa brasileira: comerciais, tecnológicas, estratégias e de segurança, entre outras" (FREIRE JÚNIOR, 2015). Mas ressalta-se que alguns acordos ambientais aspirem a ser mais declaratórios do que preceitos a ser adotada, eis uma cegueira a ser iluminada.

Não se pode olvidar que a dilatada agenda criada pelos distintos acordos internacionais ambientais é edificada com o conhecimento de países com aptidões muito assimétricas, o que assenta em tema sua legitimidade, e, além disso, pode cegar as preferências nacionais. Como ressalta "ainda hoje a liderança nos acordos é dos países desenvolvidos, que definem a agenda global em função dos seus interesses domésticos" (CAMPANY FERRAZ, 2018). O Brasil tem se estabelecido, em partes, para replicar às agendas de objetos ambientais globais, os quais, a despeito de sua estima, podem iludir a extensão de graves problemas ambientais internos que ainda não foram equacionados no Brasil e que nos países mais desenvolvidos não embarcam mais em pauta, por já permanecerem bem conduzidos ou resolvidos.

> As diretrizes de um dsenvolvimento sustentável refletem a necessidade de conservação do meio ambiente, observados os princípios científicos e as leis naturais que regem a manutenção do equilíbrio dos ecossistemas, a necessidade de compatibilização das estratégias de desenvolvimento com a proteção do meio ambiente, a adoção de medidas de prevenção de danos e de situações de riscos ambientais e a cooperação internacional. (TRENNEPOHL, 2017, p. 46).

Assim como no término da década de 1980 uma Comissão de Desenvolvimento e Meio Ambiente da América Latina e do Caribe foi empregada para refletir sob um espectro regional a problemática do meio ambiente, tendo formado o documento Nossa Própria Agenda, no documento possui afirmações como Pnud "temos que definir nosso próprio programa de ação. Se não conseguirmos avaliar objetivamente os problemas e oportunidades apresentados pelo patrimônio natural da região" (PNUD, 1991). O Brasil carece ponderar estratégias próprias para encarar suas dificuldades ambientais prioritárias, ou seja, uma agenda interna, que norteie, até mesmo, os negócios com os demais países, além de ser rigoroso na punição por calamidades ambientais produzidas com participação do homem.

Quando o Brasil estabelece sua agenda ambiental interna apenas em emprego das agendas internacionais, temas expressivos, como as questões hídricas e de saneamento, permanecem em segundo nível, pois estas têm menor proeminência na agenda global por consistirem em ponderadas mais de cunho interno. Enquanto isto se agrava no país os problemas de poluição de todos meios de água potável, perda de nascentes e aumento da desertificação, induzindo a situações de escassez de água em determinadas áreas, com assombroso avaria social.

O Brasil tem uma representação de destaque no panorama internacional, por ser um grande possuidor de riquezas naturais e uma força emergente. No entanto, o país permanece com umas apostas de políticas públicas ambientais que fomentam a subtração, exportando recursos naturais, biodiversidade não patenteada, e entre outros. De tal modo, o Brasil carece "desenvolver um compromisso próprio que comporte ajustar sua potencialidade de riqueza natural com níveis adaptados de saneamento e desenvolvimento tecnológico, menos veemente e impactante no uso e extração de matérias primas" (ANTUNES, 2012.). Esta é uma ligação formidável para o país evitar perdas antecipadas de seus recursos, algumas irreversíveis, as quais, em alguma ocasião terão graúdo conflito na economia interna e no comércio internacional.

> Além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subor-

> dinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações. (ADI-MC 3540/DF, Relator Ministro Celso de Mello, j. 1º-9-2005, Pleno, DJ, 3-2-2006).

As políticas públicas são (FREIRE JÚNIOR, 2015) "conjunto ou uma medida isolada praticada pelo Estado com o desiderato de dar efetividade aos direitos fundamentais ou ao Estado Democrático de Direito". O que se retira desse e de outras apreciações é que as políticas públicas abrangem a procura por implicações tangíveis e concretas, bem como o método de formulação de tomada de disposições, das quais é favorecida a sociedade. Também se extrai que as políticas não se compõem em uma obra independente, mas em um conjugado de ações que, em ensejo da complexidade dos seus organismos e objetivos, não pode ser administrada por um sujeito ou uma única coligação, sendo atribuível do Estado.

No direito ambiental, muitos regulamentos são políticos, tais como Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei 12.305/10), Política Nacional de Recursos Hídricos (Lei 9.433/97), e entre outras. Todas essas normas e projetos que estabelecem políticas estão estipulando preceitos programáticos, utilitários a serem perseguidos pelo Estado para segurança do direito ao meio ambiente equilibrado. No entanto, a ocorrência de contínuos acidentes que comprometeram negativamente o equilíbrio ecológico e a condição de vida em diversos pontos do território nacional pode ser uma referência de que as políticas públicas ambientais estão falhando e carecem ser aperfeiçoadas.

> Os princípios são hauridos do ordenamento jurídico em vigor. Neste estudo, aqueles que estão sendo analisados encontram-se todos positivados em diversos diplomas legais, principalmente na Constituição Federal de 1988, na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81), nas Constituições Estaduais e nas Declarações Internacionais, seja na de Estocolmo-72, seja na do Rio-92. O princípio da prevenção é aquele em que se consta-

> ta, previamente, a dificuldade ou a impossibilidade da reparação ambiental, ou seja, consumado o dano ambiental, sua reparação é sempre incerta ou excessivamente onerosa. A razão maior desse princípio é a necessidade da cessação imediata de algumas atividades, potencialmente poluidoras, em razão dos resultados danosos para o meio ambiente. Essa possibilidade do resultado é o que caracteriza o princípio da prevenção. (FIORILLO, 2013, p. 158).

Nesse conjunto, muitos foram os desenhos de sistemas e normas determinados com a intenção de ser uma réplica aos desastres que agrediram os brasileiros, e o meio ambiente. O que se observa no adjacente dessas propostas é uma reação árdua contra os culpados pelos desastres decorrentes de ações ou omissões, por meio de penalidades que vão desde a privação de liberdade até a amortização de exonerações tributárias. Outras sugestões de leis se inquietam em registrar o óbvio, como a necessidade de compensar as vítimas. O que a alegação da multiplicidade desses projetos de lei evidencia é que, por vezes, essas avaliações foram refletidas para ameigar o eleitorado, que quer assistir alguma pessoa presa pelos contínuos desastres que acarretaram e ainda originam tantos danos à população, e não para impedir ou deliberar o problema.

A coletividade está enfadada de impunidade, mas as políticas públicas ambientais não podem submergir o foco dos conceitos de equilíbrio, prevenção e mitigação. A procura por punições despida da busca por mais vigor em atuações de prevenção, mitigação e compensação deixa visível que a demanda ambiental ainda não está apropriadamente sendo ajustada como um ponto de política pública. As dificuldades ambientais têm consistido no maior elemento, da produção legislativa brasileira, tratados de configuração independente e reativa, "esta visão corresponde ao paradigma político tradicional da década de 70, no qual ainda não se valorizava a interdisciplinaridade e os conceitos relacionados à sustentabilidade" (CARTER, 2011), Ainda elucida que "o principal fator que favorece a manutenção desse paradigma é a fragmentação da estrutura administrativa, em um modelo em que continuam funcionando como porta-vozes de seus respectivos setores econômicos".

As concepções de normas produzidas neste momento em réplica aos desastres consentem intensamente que esse ainda é o paradigma que apri-

mora a formulação de políticas públicas. Já na arena da execução, as ações de gerenciamento de conjunturas geradas em conjunto e de formato coordenado por distintos setores do poder público é o padrão interdisciplinar que deve predominar não somente para combater com o enigma, mas também para impedir que ele incida.

Assim, é notória à dificuldade de demonstrar frutos obtidos pelos programas institucionais, esta carência deve, também, a ocorrência de que programas de políticas públicas se localizam pouco estruturados, tanto para o planejamento, como para o emprego avaliativo. Esse problema possui também a influência de que o processo de fortalecimento e desenvolvimento institucional, ainda está em curso, com dificuldades a constituição de um conjunto técnico próprio caracterizado. Tal política de sujeitos ocasiona lesões a desempenho dos programas, com dificuldades de falha no equilíbrio nos conjuntos e perda individual técnica.

2. ESTRUTURAS DAS POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS NO BRASIL E SUAS DISPOSIÇÕES COM O ART. 225 DA CF/88

Para abranger as dificuldades internas de efetividade das políticas públicas ambientais, é necessária uma breve viagem pela estrutura institucional planejada para a prática das mesmas no Brasil. Um aspecto crucial é a estima sobre a própria composição federativa do país, estendida em seus três níveis de governo. No aparelhamento seguido pelo Estado brasileiro, as UFs e os governos municipais dispõem "de autonomia para constituir políticas de ajuste com suas próprias prioridades, dentro de suas áreas de jurisdição e nos perímetros estabelecidos por seus territórios" (FERREIRA, 2017).

Como o assunto ambiental tem a peculiaridade de permear todos os níveis de governo, não se equacionando em um único deles, as políticas ambientais federais estão sujeitas da aderência dos demais entes da Federação, seja na participação cogente no processo de formulação, seja pelo fato de que são estes que as efetuam. Assim, as políticas federais, para serem ativas, carecem de uma boa composição de afinidades e de cooperação entre as distintas esferas de governo, visto que os governos estaduais e locais estão forçados a exercer as legislações nacionais, mas tomam parte somente em caráter voluntário de programas indicados pelo governo fede-

ral. Sem a implicação e o real alinhamento por parte dos estados e municípios de efetivar as políticas federais, assim elas não obtêm a ambicionada efetividade. Deste modo, torna-se cogente a harmonização de empenhos e o ajuste entre as distintas instâncias do governo, como as jurisdições ambientais de cada domínio já está deliberado, este aspecto diz respeito ao modelo de relacionamento entre as veemências decisórias, de caráter a ajustar as ações autônomas que incumbem aos estados e municípios com a imprescindível articulação global, por parte do governo federal.

A Magna Carta de 1988 constitui, em seu artigo 23, que o desempenho em matéria administrativa ambiental é aptidão comum da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios. A lei complementar 140/2011 veio disciplinar o artigo 23, definindo preceitos para a cooperação entre os entes federados, no desígnio de harmonizar e padronizar a atuação entre eles, e impedir sobreposições e tornar a gestão ambiental mais hábil. As aptidões constituídas para os entes federativos podem ser, quanto à natureza, executivas, administrativas ou legislativas. As administrativas, das quais aborda a LC 140/2011, advêm sobre a exterioridade de prática e fiscalização das medidas concernentes ao meio ambiente. As competências executivas "dizem respeito às diretrizes ou estratégias para exercer o poder relacionado ao meio ambiente; as legislativas, por fim, tratam das possibilidades que cabem a cada ente de legislar sobre questões ambientais" (MACHADO, 2016, p. 121).

Esta lei complementar procurou tornar mais vivo o desempenho de cada ente ao deliberar as pertinências específicas e as comuns, além de ocasionar os conceitos de desempenho supletivo e ação subsidiária. Conjeturou, além disso, os aparelhos de cooperação, os quais não oferecem inovações, mas a previsão promulgada da possibilidade de utilizá-los como ferramentas para a cooperação.

3. VEREDAS CURSADAS E NEGLIGENCIADAS NA PROTEÇÃO AMBIENTAL

3.1. LUCIDEZ E CEGUEIRAS NA POLÍTICA AMBIENTAL BRASILEIRA

O caminho cursado pela política ambiental no Brasil indica que ocorreram progressos, ainda assim, não há equívocos de que se continuam am-

plos desafios a serem ultrapassados no que se refere ao aperfeiçoamento das funções dos programas ambientais e do bom emprego de seus princípios, os quais, em seu anexo, cooperam paro o avanço da habilidade de réplica do Estado aos problemas ambientais, "mas não é só quando não temos olhos que não sabemos aonde vamos" (SARAMAGO, 2004).

As estaturas de planejamento e avaliação ainda são delicadas na área ambiental. Precisa de maior investimento na consignação de planos de médio e em longo prazo, com desígnios e metas fundamentados na identificação de áreas estratégicas a serem focalizadas. Estas áreas prioritárias de desempenho necessitam ser analisadas não somente as exterioridades ecológicas, mas também as colisões das dificuldades ambientais no domínio social, no identificador de pessoas comprometidas, efeitos sobre a saúde humana e gastos sobre a laboriosidade e o crescimento econômico, além do rigor nas punições.

> O mais importante é saber a intenção da lei, a *mens legis* da Política Nacional do Meio Ambiente, seus objetivos e princípios. Essa intenção do legislador – a do planejamento, da fiscalização, da racionalização do uso dos bens naturais – é imprescindível que se reconheça. Estes objetivos revelam a finalidade do legislador ao estabelecer as normas de proteção ambiental e definem o elemento de legalidade ou ilegalidade de toda e qualquer atividade que tenha repercussão sobre a qualidade do meio ambiente. (REIS, 2007, p. 64).

Para a potência do planejamento, coordenação e estimativa das metas sugeridas nos programas, percebe a acuidade de aparelhos de monitoramento e avaliação competentes. Ainda possui dificuldades em proporcionar avanços e retrocessos devido à deficiência de organismos de avaliação estruturados, "com apontadores confiáveis e metodologias perenes, que aceitem o desenvolvimento de séries históricas, nos órgãos responsáveis pelas políticas ambientais" (REIS, 2015, P.319). Tal problema, que não é privativo da temática ambiental, torna o conjunto de atuação da política ambiental pouco nítido, tanto para o gestor quanto para avaliadores externos.

Sem essas estruturas de prestação de contas e transparência, não se pode culpar os inadimplentes ou faltosos no deslocamento das políticas e nem adotar deliberações com eficácia. Esta não é uma inquietação jo-

vem, mas o assunto continua sendo um alvo de fragilidade, na qual se compreende progressos ainda limitados. Sem estas ferramentas, a réplica à interrogação sobre a efetividade das políticas ambientais brasileira, e a qualidade do meio ambiente no Brasil, acaba por sugerir que estamos no caminho da sustentabilidade de forma ambígua ou parcial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nos tempos atuais, é adequado pronunciar que é necessário aprender melhor a gerenciar anormalidades, é instruir-se também a evitá-las. Com expõe José Saramago "mas não é só quando não temos olhos que não sabemos aonde vamos". Nesse formidável desempenho de prevenção, que é a palavra-chave de todo o direito ambiental, compete às políticas públicas, que necessitam ser estabelecidas holisticamente, com visão interdisciplinar e acrescentar as distintas e por vezes contraditórias demandas dos muitos campos da economia. A tarefa não é simples, mas não há saídas ordinárias para problemas complexos. É necessário criar bases para a prevenção, e uma dessas bases observa-se nos *punitive damages.*

A reparação do dano moral que, ao longo do tempo, encontrou ponderáveis e sólidas obstinações na doutrina e na jurisprudência até, gradualmente, afirmar-se de forma prevalente, a aplicabilidade dos *punitive damages,* ou teoria do valor do desestímulo no ordenamento jurídico pátrio igualmente enfrenta sólidos contextos estabelecidos por habilidosos juristas. Não obstante, as compreensões doutrinárias favoráveis vêm adicionando pontos de vista estimados, que recomendam a disposição de desenvolvimento de uma superioridade afirmativa, talvez já aglomerada no presente. Compressão acerca do estudado instituto, que no direito ambiental se torna valioso, e importante base de prevenção, como já citado, o que se pretende não é levar instituições a falências, mas desestimular as omissões que geram os danos ambientais, omissões essas que são evitadas quando se levam a sério políticas públicas ambientais e sua aplicabilidade.

Os precedentes jurisprudenciais exibidos conjeturam a marcha no sentido de se ter como aplicável no ordenamento jurídico brasileiros o *punitive damages*, em presença de comportamentos notadamente reprovável, como são os atos prejudiciais ao meio ambiente, com as adequações cogentes à observância dos princípios e regras constitucionais e legais aplicá-

veis, inclusive da premissa da vedação ao enriquecimento sem causa, que em face de larga escala de agentes que os danos ocasionam são mais difíceis de ser visualizado, só possível ser tiver uma individualização ponderada.

Assim, o cuidado da qualidade de vida da sociedade e garantia do pleno desenvolvimento saudável do sujeito transcorre pela responsabilidade civil ambiental. Esta contrai uma nova colocação na contemporaneidade, pois, ao majorar sua eficácia na reparabilidade dos prejuízos ambientais, originados em emprego do desenvolvimento econômico, afiança um crescimento mais sustentável, e os *punitive damages* são uma lucidez nas bases da eficácia de políticas publicas ambientais, de uma cegueira que, por muitas vezes, é proposital, como diz Saramago, "cegos que veem".

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 6. ed. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2012, p. 32.

BURSZTYN, M. A.; BURSZTYN, M. **Fundamentos de política e gestão ambiental**: caminhos para a sustentabilidade. Rio de Janeiro: Garamond, 2013, p. 126.

CAMPANY FERRAZ, Pedro. O desastre da responsabilidade civil ambiental em casos de desastres. In: QUERUBINI, Albernir; BURMANN, Alexandre; BESSA ANTUNES, Paulo de (Orgs). **Direito Ambiental e os 30 Anos da Constituição de 1988**. Londrina: Thot Editora, 2018, p. 129

CARTER, Neil. The Environment As A Policy Problem. In: **The Politics of the Environment: Ideas, Activism, Policy.** Cambridge: Cambridge University Press. doi:10.1017/CBO9781139163859.011. 2011, p. 161-193.

FERREIRA, Heline Sivini. Os instrumentos jurisdicionais ambientais e a Constituição Brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MORATO LEITE, José Rubens. **Direito constitucional ambiental brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2017, p.114.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Princípios do processo ambiental.** São Paulo: Saraiva, 2013, p. 158

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 47- 61.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 121.

MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**: a gestão ambiental em foco. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 83.

PNUD – PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. **Nossa própria agenda** – Comissão de Desenvolvimento e Meio Ambiente da América Latina e do Caribe. Nova Iorque: BDI; Pnud, 1991, p.5

REIS, Jair Teixeira dos. **Resumo de direito ambiental**. Niterói: Impetus, 2007, p. 64.

REIS, Jair Teixeira dos. **Direito do ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 319.

SARAMAGO, José. **Ensaio sobre a lucidez.** São Paulo: Companhia das Letras,2004, p. 52

TRENNEPOHL, Natascha. **Seguro ambiental**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 46.

O DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO EM ROTA DE CONFLITOS: UTILIZAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE E TENTATIVA DE HARMONIZAÇÃO

Bárbara Peixoto Nascimento Ferreira de Souza[79]

INTRODUÇÃO

Vetores de todo o ordenamento jurídico, os princípios constituem o ápice de validade do Estado Constitucional. Em determinadas situações, não será possível evitar o choque principiológico. Diante dos chamados casos difíceis (*hard cases*), a subsunção não se mostra suficiente, devendo o intérprete recorrer à ponderação. No entanto, é preciso analisar os aspectos e limites da ponderação, de modo a evitar a ocorrência da compulsão ponderadora.

Os princípios e regras são normas reconstruídas a partir da observação da segunda ordem dos processos de argumentação jurídica. Observa-se que os princípios constitucionais não podem existir sem o fenômeno da positivação do direito na sociedade moderna. Haverá situações em que, diante de um caso concreto, não será possível compatibilizar princípios

79 Mestra em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Especialista em Direito Constitucional e Tributário pela Universidade Potiguar. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Parecerista ad hoc da Revista Antinomias. Advogada.

constitucionais. Assim, terá o intérprete a tarefa de escolher qual princípio prevalecerá nesse caso concreto.

Importa analisar o âmbito de prevalência de um determinado princípio através da técnica de ponderação, verificando seus pontos centrais e os limites que devem ser observados, guiando-se pelo princípio da proporcionalidade, para que a segurança jurídica não seja maculada, de modo a evitar a ponderação sem limites, sobretudo diante dos casos concretos que envolvam o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito fundamental de terceira dimensão, constitucionalmente assegurado, e que concorre para o pleno desenvolvimento da nação e para a expansão das liberdades instrumentais dos indivíduos, devendo ser preservado em face das presentes e futuras gerações.

Para viabilizar o estudo e a pesquisa do tema proposto no presente artigo, será utilizado o método dedutivo, partindo do aprofundamento teórico e legal das premissas relacionadas ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado diante de conflitos com outros princípios/direitos fundamentais, destacando a imperiosa necessidade da adoção da proporcionalidade e tentativa de harmonização por parte do intérprete da lei. Para tanto, busca-se analisar a conceituação, a história e a evolução da temática em apreço. Nesse sentido, será realizada pesquisa bibliográfica, objetivando revisar a literatura jurídica pertinente, bem como os textos normativos que disciplinam o tema e a jurisprudência consolidada.

No que concerne à classificação ou nível da pesquisa, destaca-se que se trata de pesquisa exploratória e explicativa, tendo em vista que se dedica a desenvolver e a esclarecer aspectos relacionados à tentativa de harmonização por intermédio da proporcionalidade ante os conflitos entre o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e outros direitos fundamentais em nosso ordenamento jurídico, ao mesmo tempo em que se propõe a analisar e a explicar o atual estado da temática em questão.

1. CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS PRINCÍPIOS, DIREITOS FUNDAMENTAIS, COLISÕES E APLICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE NOS CASOS CONCRETOS

Os princípios, orientadores do sistema jurídico e com valores próprios, são a pedra de toque ou o critério com que se pode aferir os con-

teúdos constitucionais em sua acepção normativa mais elevada (BONAVIDES, 2004).

Acerca da temática, preleciona Humberto Ávila:

> Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessárias à sua promoção. (ÁVILA, 2005, p. 83)

Na presente fase do neoconstitucionalismo, observa-se que a hermenêutica não consegue mais sobreviver apenas da prática da subsunção. O surgimento dos casos difíceis (*hard cases*) demanda uma nova forma de se decidir o caso concreto. A subsunção possui uma certa lógica unidirecional, por assim dizer, importando na prevalência de uma premissa maior em detrimento de uma premissa menor, que seria deixada de lado. No entanto, há de se observar que não existe entre as normas constitucionais uma hierarquia jurídica. Desse modo, entende-se que tal postura não seria compatível com as premissas constitucionalmente defendidas, sobretudo em virtude do princípio da unidade da Constituição.

A ponderação é verdadeira técnica de decisão jurídica que objetiva solucionar os casos difíceis. Destarte, Barroso (2011) a divide em três momentos distintos. No primeiro momento, deve o intérprete verificar no ordenamento jurídico quais são as normas aplicáveis à solução do caso concreto, identificando eventuais conflitos entre elas. Nessa fase, os fundamentos normativos serão reunidos em função da solução apontada.

Posteriormente, se procederá à análise dos fatos, das circunstâncias do caso concreto em questão e da interação com elementos normativos existentes. Na terceira e última fase verifica-se as normas que devem prevalecer, ao final, no caso concreto, determinando a intensidade e o grau de sua aplicação, tendo em vista que os princípios podem ser graduados sem prejuízo de sua validade (BARROSO, 2011). Faz-se mister ressaltar que todo esse processo voltado para a ponderação, visando solucionar os casos difíceis, é orientado pelo princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade.

Segundo Alexy (2015), no direito constitucional alemão a ponderação é considerada parte daquilo que é exigido por um princípio mais amplo, que é o princípio da proporcionalidade. Três princípios parciais compõem o núcleo da proporcionalidade: os princípios da idoneidade, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, todos voltados para a máxima otimização.

Ainda com relação à ponderação, ressalta o referido autor que a lei da ponderação pode ser decomposta em três etapas. Na primeira, deve ser realizada a comprovação do grau do não cumprimento ou prejuízo de um determinado princípio. A seguir, deve ser feita a comprovação da importância do cumprimento do princípio em sentido contrário. Na etapa final, deve ser comprovado se a importância do cumprimento de certo princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não-cumprimento do outro.

Cumpre trazer à baila os importantes esclarecimentos feitos por Neves (2014) acerca da subsunção e da ponderação a partir da análise de entendimentos de Friedrich Müller e Robert Alexy. Para Neves (2014), tanto a ponderação como a subsunção ocorrem em processos complexos de comunicação. Na busca da concretização, Müller enxerga que a ponderação seria um fator potencialmente irracional no processo de produção da norma jurídica que fundamenta a norma de decisão do caso. Em sentido diverso, Alexy afirma que a ponderação se afigura decisiva na construção da regra como razão definitiva para a norma concreta de solução do caso, tanto para princípios como para regras incompletas.

Contrapondo as duas teorias, o mencionado autor chega ao entendimento de que não há nenhum problema entre elas, visto que a diferença reside, em verdade, no significado da ponderação antes do final da concretização ou da argumentação. Assim, defende a criação de uma teoria da Constituição que efetivamente se aplique à realidade brasileira (NEVES, 2014).

Outro ponto crucial merece ser destacado: a problemática da chamada ponderação sem limites ou compulsão ponderadora. Evidentemente, em determinadas situações, a ponderação é imprescindível, mas essa compulsão ponderadora gera efeitos devastadores para a relação de autonomia e condicionamento recíproco entre política e direito no Estado constitucional, levando a uma judicialização da política e uma politização do direito (NEVES, 2014).

Dessa sorte, princípios ou regras visam concretizar a interpretação de uma disposição constitucional. Determinadas regras constitucionais só podem ser plenamente compreendidas através da interpretação conjunta com outros dispositivos constitucionais. Dos dispositivos constitucionais podem originar-se, ainda que indiretamente, além dos princípios constitucionais, subprincípios e regras diversas. Contudo, a relação "frouxa" entre normas e disposições constitucionais é um difícil problema enfrentado no mundo jurídico. O intérprete-aplicador não pode, arbitrariamente, atribuir um princípio de maneira genérica ao texto constitucional (NEVES, 2014).

Assim, seriam os princípios constitucionais verdadeiros artefatos para absorver o dissenso e possibilitar e estimular a emergência sob condições de um sistema jurídico complexo. Os princípios e regras são normas reconstruídas a partir da observação da segunda ordem dos processos de argumentação jurídica. Os primeiros são normas no plano reflexivo, que possibilitam o balizamento e a construção ou reconstrução de regras. Por seu turno, as regras são razões imediatas para normas de decisão, objetivando a aplicação dos princípios à solução dos casos (NEVES, 2014).

Para o referido autor, cabe ao Poder Judiciário reconhecer os princípios preexistentes, conferindo-lhes força jurídica. Os princípios têm o papel de selecionar os valores morais, interesses e valores de identidade dos grupos, os quais circulam de forma conflituosa dentro do sistema jurídico. Dessa forma, constituem mecanismos reflexivos em relação às regras, servindo ao balizamento, à construção, ao desenvolvimento, à fortificação ou ao enfraquecimento, à restrição ou ampliação de conteúdo de regras. Já as regras servem melhor à consistência ou autorreferência do sistema jurídico, porém possuem limitações quanto à adequação social (argumentação formal), cabendo aos princípios exercer tal função (argumentação substancial) (NEVES, 2014).

A colisão entre princípios não tem o condão de produzir um efeito de exclusão de algum deles, uma vez que a aplicação de um princípio não desloca o outro. Por conseguinte, os princípios têm diferentes pesos em cada caso concreto (LORENZETTI, 2010). Conforme preleciona Grau (2021, p. 28), "a interpretação do direito envolve não apenas a declaração do sentido veiculado pelo texto normativo, mas a constituição da norma

a partir do texto e da realidade. É atividade constitutiva, não meramente declaratória.".

Ademais, em cada caso concreto a dimensão do peso ou da importância atribuída aos princípios necessita da devida ponderação, tendo em vista que a circunstância de em certo caso a adoção de um princípio, pelo intérprete, gerar o afastamento de outro, não faz com que este seja eliminado, pois, em caso diverso, e até em face do mesmo princípio, este poderá prevalecer (GRAU, 2005).

Sendo assim, os conflitos que não podem ser superados pelas técnicas tradicionalmente aplicadas revelam, na verdade, um confronto entre valores ou opções políticas que decorrem da própria Carta Constitucional e dos princípios por ela previstos. Os conflitos entre proteção do meio ambiente e direito à moradia, por exemplo, revelam tensões entre elementos constitucionalmente consagrados (BARCELLOS, 2005).

Portanto, diante dos princípios, dos chamados *hard cases* e de inevitáveis colisões, a ponderação será realizada através da interação entre fato e norma. O intérprete, por sua vez, fundamentará suas escolhas demonstrando a melhor solução para o caso concreto, visando evitar a banalização da ponderação, que ameaça diretamente a segurança jurídica com a possibilidade do valor surpresa nas decisões futuras.

2. O DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO ASSEGURADO CONSTITUCIONALMENTE E A COLISÃO COM OUTROS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para Novais (2018), numa sociedade aberta como é o Estado de Direito democrático atual, procura-se chegar desejavelmente a um conceito e a uma concepção do princípio da dignidade da pessoa humana enquanto princípio jurídico, mas também como princípio constitucional supremo em que assenta todo o ordenamento jurídico, com um conteúdo abrangente, inclusivo, aberto. Por conseguinte, pode-se compreender que todos os direitos fundamentais seriam a expressão e a concretização da dignidade humana, enquanto que a violação a um direito fundamental seria a violação da própria dignidade. Assim, outros princípios constitucionais como a igualdade, proporcionalidade

e segurança jurídica são desenvolvidos a partir da dignidade da pessoa humana (NOVAIS, 2018).

A crise ambiental enfrentada pelas nações em decorrência do processo da civilização, vinculado à globalização, ao próprio desenvolvimento e à sociedade de risco é característica marcante e significativa na passagem para o Estado de Direito Ambiental, tendo em vista que um meio ambiente sadio e equilibrado é condição imprescindível para que exista a vida (BELCHIOR, 2011).

No cenário brasileiro, convém asseverar que a Constituição Federal de 1988 não permaneceu alheia a realidade verificada nas últimas décadas e inseriu todo um capítulo dedicado à tutela ambiental, impondo ao poder público e à coletividade o dever de proteger e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações em seu art. 225 (BRASIL, 1988), uma vez que é considerado direito de terceira dimensão.

Nesse sentido, ressalta-se que o acesso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, aliado à adoção de práticas notadamente sustentáveis, influencia diretamente o grau de desenvolvimento de uma nação, de sorte que a supressão de tais condições, que constituem, na verdade, direitos fundamentais, acabam por retirar do indivíduo a oportunidade de desenvolver suas liberdades de forma plena, refletindo indiscutivelmente no seu desenvolvimento (FERREIRA DE SOUZA; CARVALHO, 2020).

O legislador cuidou de responsabilizar a todos pela preservação e defesa do meio ambiente, visando ao bem comum, prestigiando o que pode ser chamado de cidadania participativa, uma ação conjunta da coletividade e do Estado para a proteção ambiental (VASCONCELOS; MARQUES, 2012). Desta feita, o meio ambiente passou a ser a pedra de toque na era moderna, conduzindo as políticas públicas e demais decisões a serem tomadas perante a sociedade. Assim, o ambientalismo acabou se tornando um dos vetores instituintes da ordem mundial da atualidade, demonstrando que a ideia de dominação da natureza, em relação à noção vigente de desenvolvimento, deve se pautar por uma relativização substancial (SILVA, 2016).

Anteriormente, o desenvolvimento econômico era o que mais importava no contexto da atividade econômica. Naquele momento, a modernização, a industrialização e a ocidentalização, pautadas no modelo norte-americano, seriam o caminho para atingir o tal desenvolvimento

econômico ideal. Entretanto, a sua consecução ocorreria às custas da destruição dos recursos naturais e da degradação ambiental. Tornou-se evidente, então, que as formas de organização adotadas e as condições industriais e tecnológicas entravam em conflito com a qualidade de vida buscada, fazendo surgir, paulatinamente, uma nova mentalidade com a intenção de encaixar o desenvolvimento econômico com a preservação do meio ambiente e da vida humana como um todo (VASCONCELOS; MARQUES, 2012).

A partir da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, realizada em Estocolmo, no ano de 1972, restou estabelecido na Declaração (1972) elaborada o que segue:

> Princípio 1
>
> O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras. A este respeito, as políticas que promovem ou perpetuam o apartheid, a segregação racial, a discriminação, a opressão colonial e outras formas de opressão e de dominação estrangeira são condenadas e devem ser eliminadas.

De acordo com o Princípio 8, "o desenvolvimento econômico e social é indispensável para assegurar ao homem um ambiente de vida e trabalho favorável e para criar na terra as condições necessárias de melhoria da qualidade de vida". Ainda, o Princípio 18 determina a utilização da ciência e da tecnologia para descobrir, evitar e combater os riscos que ameaçam o meio ambiente, procurando solucionar os problemas ambientais para o bem comum da sociedade (DECLARAÇÃO, 1972).

Destarte, o direito ao meio ambiente é composto por posições fundamentais jurídicas definitivas e *prima facie*, significando reais deveres de proteção e a prestações por intermédio do ente estatal. Em virtude de sua natureza principiológica, o meio ambiente acaba colidindo com o direito ao desenvolvimento econômico e a livre iniciativa, bem como com o direito de propriedade (MACHADO, 2014).

A compatibilização entre o crescimento socioeconômico e a preservação ambiental é de extrema importância, sobretudo porque não são excludentes ou inconciliáveis, demonstrando a necessidade de serem introduzidas reformas no Estado, responsável pela inserção de normas obrigatórias a todos, incorporando-as no comportamento econômico para controlar efeitos ecológicos e sociais ocasionados pela racionalidade do capital (VASCONCELOS; MARQUES, 2012).

Conforme destaca Antunes (2002), a concepção do direito ao meio ambiente como direito fundamental da pessoa humana constitui marco de suma importância na construção de uma sociedade democrática, participativa e socialmente solidária. Assim, cumpre asseverar que não há uma sobreposição de um direito constitucional sobre o outro, tendo em vista que nenhum deles é absoluto. Nessa esteira, em cada caso concreto, deve-se fazer uso da proporcionalidade caso a harmonização entre eles não consiga ser realizada.

Isto posto, frisa-se que, diante do confronto com outros interesses concorrentes, o meio ambiente precisa ser considerado um interesse público preponderante, tendo em vista representar no sistema constitucional e jurídico um objetivo tido como prioritário (SALLES, 1999).

Implícito na Constituição Federal de 1988, o princípio do desenvolvimento sustentável é de grande importância ante os danos que continuam a ocorrer, em que pese o crescente destaque da pauta ambiental nas últimas décadas e o fenômeno de constitucionalização do Direito Ambiental. Nesse sentido, embora o desenvolvimento econômico também seja um valor precioso da sociedade, a preservação do meio ambiente e o desenvolvimento econômico devem coexistir, de forma que aquele não acarrete a anulação deste (FIORILLO, 2011).

Adverte Furtado (1974) que se o desenvolvimento econômico fosse efetivamente concretizado por todas as nações, inevitavelmente os danos aos recursos não renováveis e a poluição do meio ambiente seriam tão acentuados, juntamente com o custo do controle da poluição, que o sistema econômico mundial entraria em verdadeiro colapso.

Para melhor ilustrar o exposto, cumpre trazer à baila um caso paradigmático decidido pelo Supremo Tribunal Federal, diante da colisão do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o livre exercício da atividade econômica.

Ao julgar a ADI nº 3.540-1/DF (BRASIL, 2005), da relatoria do Ministro Celso de Mello, o STF enfrentou a alegação de inconstitucionalidade do art. 4º do Código Florestal de 1965 (BRASIL, 1965), cuja redação foi dada pela MP nº 2.166-67/01 (BRASIL, 2001), permitindo ao órgão ambiental competente dar autorização para a supressão de vegetação de preservação permanente em casos de utilidade pública e interesse social, por intermédio de prévio procedimento administrativo. A alegação era de que a aludida norma ofendia o art. 225, § 1º, III, da Constituição Federal de 1988, que dispõe que a alteração de espaços territoriais protegidos ambientalmente só pode ser realizada mediante lei.

Em face do conflito entre o desenvolvimento nacional (art. 3º, II, CF/88) e da necessidade de preservação do meio ambiente (art. 225, CF/88), a Corte julgou improcedente a ação por entender que somente a alteração e a supressão do regime jurídico pertinente aos espaços territoriais especialmente protegidos qualificam-se, em decorrência do art. 225, § 1º, III, CF/88, como matérias sujeitas ao princípio da reserva legal.

Assim, entendeu que quando se tratar de execução de obras ou serviços a serem realizados em tais espaços territoriais, deve-se reconhecer que, observadas as restrições, limitações e exigências exigidas de forma abstrata pela lei, será lícito ao Poder Público autorizar, licenciar ou permitir a realização de atividades no âmbito dos espaços territoriais especialmente protegidos, desde que não resulte comprometida a integridade dos atributos que justificaram, quanto a tais territórios, a instituição de um regime jurídico de proteção ambiental.

Nessa esteira, asseverou o Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

> O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais

> significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações. (BRASIL, 2005, p. 3).

Por fim, afigura-se imprescindível a utilização do princípio da proporcionalidade, visando garantir a harmonia entre os princípios conflitantes, mormente quando, no caso em apreço, estiver em questão o direito à preservação ambiental, de modo a evitar discricionariedades sem fundamento e decisões judiciais imotivadas.

CONCLUSÕES

Pelo exposto, resta evidente que o trabalho de aplicar a Constituição e decidir casos difíceis que geram conflitos de princípios demonstra uma absorção seletiva e excludente em face do dissenso estrutural em torno do significado da Constituição e de seus princípios e regras.

A frequente opção pela ponderação, quando a subsunção se mostra ineficiente, pode gerar uma banalização de questões mais complexas, desprestigiando a segurança jurídica e revelando uma deficiência na justificativa do verdadeiro fundamento da decisão. Logo, embora a ponderação abra um leque de possibilidades interpretativas em detrimento de certas escolhas, o intérprete deve observar, com cautela, as circunstâncias e particularidades do caso em tela. Desse modo, busca-se evitar as discricionariedades imotivadas, sendo possível aferir a legitimidade de decisões de ponderação de princípios.

Diante do conflito entre o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e outros princípios constitucionais, torna-se necessária a utilização do princípio da proporcionalidade, visando conferir racionalidade à decisão judicial no contexto do Estado Socioambiental vivenciado hodiernamente. Cabe, pois, ao intérprete legal, partindo de uma ponderação de bens, proceder a uma atribuição de peso específico a cada princípio de acordo com cada caso concreto, de modo a buscar a melhor harmonização entre os princípios conflitantes por meio de mandamentos de otimização, seguindo os preceitos da adequação e da necessidade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo.** 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental.** 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2002.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios** - da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BELCHIOR, Germana Parente Neiva. **Hermenêutica jurídica ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 abr. 2021.

_____. **Lei Federal nº 4.771, de 15 de setembro de 1965.** Institui o novo Código Florestal. Revogada pela Lei nº 12.651, de 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4771.htm. Acesso em: 07 abr. 2021.

_____. **Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001**. Altera os arts. 1º, 4º, 14, 16 e 44, e acresce dispositivos à Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965, que institui o Código Florestal, bem como altera o art. 10 da Lei nº 9.393, de 19 de dezembro de 1996, que dispõe sobre o Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR, e dá outras providências. Revogada pela Lei nº 12.651, de 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2166-67.htm. Acesso em: 07 abr. 2021.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.540-1/DF. Relator: Min. Celso de Mello, 01 de setembro de 2005. Disponível em: http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/adi3540ementa.pdf. Acesso em: 07 abr. 2021.

DECLARAÇÃO de **Estocolmo sobre o ambiente humano**. 1972. Disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html. Acesso em: 07 abr. 2021.

FERREIRA DE SOUZA, Bárbara Peixoto Nascimento; CARVALHO, Ivan Lira de. Perspectivas sobre o meio ambiente e o fomento à sustentabilidade como garantia de vida digna. In: ROQUE, André Vasconcelos *et al.* (Orgs.). **Perspectivas de Direito e Desenvolvimento**. 1 ed. Rio de Janeiro: Pembroke Collins, 2020.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FURTADO, Celso. **O mito do desenvolvimento econômico**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1974.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Por que tenho medo dos juízes.** A interpretação/aplicação do direito e os princípios. São Paulo: Malheiros, 2021.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MACHADO, Lucélia Simioni. **Ponderação de bens e otimização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado na colisão de direitos fundamentais:** uma abordagem a partir da teoria dos direitos fundamentais de Alexy. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul, 2014.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules:** princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. 2ªed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da Pessoa Humana.** Dignidade e Direitos Fundamentais. Volume I. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018.

SALLES, Carlos Alberto de. **Execução judicial em matéria ambiental.** São Paulo: RT, 1999.

SILVA, José Irivaldo Alves Oliveira. Reflexões teóricas acerca da "crise ambiental": possibilidades de novas orientações para as políticas públicas ambientais. **Revista de Ciências Sociais Unisinos**, São Leopoldo, v. 52, n. 2, p. 205-213, mai./ago. 2016. Disponível em: https://doi.org/10.4013/csu.2016.52.2.07. Acesso em: 03 abr. 2021.

VASCONCELOS, Fernando Antônio de; MARQUES, Ana Paula. O desenvolvimento sustentável e os princípios ambientais na defesa do meio ambiente. **Revista Prim@ Facie**: International Journal, Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas – UFPB, João Pessoa, v. 11, n. 21, ano 11, p. 57-73, jul-dez. 2012.

AS NORMAS LEGAIS USADAS NO FOMENTO À INOVAÇÃO NO PAÍS E SUA HIERARQUIZAÇÃO

Thiago Domingos Marques[80]

INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é estudar as normativas e legislações referente à Inovação, que foram frutos de inúmeras mudanças recetes, com a entrada em vigor de novas normativas, que coexistem com as legislações já em vigor e de formar esparsas. Por meio do novo marco legal da inovação, conhecido também como Código de Ciência, Tecnologia e Inovação (C,T&I), aprovado em 11 de janeiro de 2016, após sanção pela então presidente Dilma Rousseff, entrou em vigor no Brasil a Lei nº 13.243/2016, trazendo grandes mudanças e fortalecendo o fomento a inovação (BRASIL, 2016).

O Marco Legal de Inovação traz à universidade dois problemas a respeito dos Núcleos de Inovação Tecnológicos – NITs, que merecem consideração imediatas em sua política de inovação. A primeira indaga se a tarefa desses núcleos será se envolver de modo integral nas aproximações entre universidade, Estado e empresários, relativas à inovação, ou se operarão apenas nas questões relativas aos direitos de patente e similares, como presente na primeira versão da Lei de Inovação. Já a segunda questiona se esses NITs exercerão suas funções operando como setores inter-

80 Advogado, Especialista em Direito Administrativo. Mestrando da UFSC.

nos das universidades ou se suas tarefas serão atribuídas a entes externos (DINIZ; NEVES, 2017).

A nova lei é resultado de um processo de cerca de cinco anos de discussões entre atores do Sistema Nacional de Inovação (SNI) no âmbito das Comissões de Ciência e Tecnologia da Câmara e do Senado. Estas discussões tinham como ponto de partida o reconhecimento e a necessidade de alterar pontos na Lei de Inovação e em outras nove leis relacionadas ao tema, de modo a reduzir obstáculos legais e burocráticos e conferir maior flexibilidade às instituições atuantes neste sistema (RAUEN, 2016).

Importantes exemplos dessa sobreposição são a Lei nº 8.666/1993, que disciplina o processo de licitação, no caso das compras e contratações de serviços por órgãos públicos e a Lei nº 8.112/1990, que disciplina, por meio de concursos, o processo de contração de recursos humanos por órgãos públicos. A sobreposição desses objetos (compras e contratações de serviços e de recursos humanos) e as diferentes formas de operacionalização entre os regulamentos que disciplinam a atuação dos entes públicos (licitação e concurso) e dos agentes intermediadores vinculados a eles, como as fundações de apoio, acarretam dúvidas sobre as formas de procedimentos legais das fundações nas atividades de apoio. Tais questionamentos levam, portanto, há diferentes interpretações sobre as possibilidades de procedimentos dessas instituições, que acabam sendo alvo de subsequentes processos impetrados pelos órgãos de controle. Essa situação tem como efeito secundário diminuir a flexibilidade inicialmente proposta pela Lei de Inovação e pela Lei das Fundações de Apoio na gestão de atividades de inovação, engessando as possibilidades de atuação de ICTs e das instituições intermediadoras (RAUEN, 2016).

Assim, as adaptações às normas administrativas gerais, tais como a Lei de Licitações, o Regime Jurídico Único e o regime orçamentário e financeiro da administração pública, por exemplo, são substituídas por meio da atribuição de tarefas a entes auxiliares externos capazes de mitigar tais restrições gerais, restrições estas que, ao mesmo tempo, permanecem oponíveis à própria universidade federal (DINIZ; NEVES, 2017).

A nova legislação avança em diversos pontos na promoção de um ambiente regulatório mais seguro e estimulante para a inovação no Brasil. Entre eles, destacam-se: a formalização das ICTs privadas (entidades privadas sem fins lucrativos) como objeto da lei; a ampliação do papel dos

NITs, incluindo a possibilidade de que fundações de apoio possam ser NITs de ICTs; a diminuição de alguns dos entraves para a importação de insumos para pesquisa e desenvolvimento (P&D); a formalização das bolsas de estímulo à atividade inovativa, entre outros (RAUEN, 2016).

Conforme apresentado, a inclusão do parágrafo 7º no Artigo 1º da Lei nº 8.958/1994 (BRASIL, 1994), conferida pela Lei nº 13.243/2016, passa a estabelecer que os recursos financeiros de contrapartidas previstos neste artigo "poderão ser repassados pelas contratantes diretamente para as fundações de apoio" (que funcionará como o "caixa" da ICT), tornando claro que os recursos advindos de atividades de inovação poderão permanecer na instituição. Trata-se, portanto, de um grande avanço na diminuição de insegurança jurídica sobre procedimentos para captação de recursos externos, além de um grande incentivo ao envolvimento de ICTs em atividades inovativas (RAUEN, 2016).

Apesar de não serem tratadas na nova redação da Lei de Inovação, essas questões foram disciplinadas em alterações conferidas pela Lei nº 13.243/2016 ao Artigo 21 da Lei nº 12.772/2012. Entre elas, destaca-se a inserção do parágrafo 4º ao inciso XII do Artigo 21, que amplia o tempo de dedicação em atividades de inovação por servidores de instituições de ensino, em regime de dedicação exclusiva, de 120 para 416 horas/ano (RAUEN, 2016). No entanto, a alteração proposta de maior impacto foi a possibilidade de que os NITs possam ter personalidade jurídica própria, inclusive, conforme alteração conferida à Lei nº 8.958/1994 (Brasil, 1994, Artigo 1º, parágrafo 8º), podendo assumir a personalidade jurídica de fundações de apoio. Essa possibilidade dará a essas instituições, entre outras vantagens, maior flexibilidade na gestão de seus recursos financeiros (dissociados, portanto, dos orçamentos das ICTs), maior celeridade e possibilidade de atração de perfis e contratação de funcionários mais qualificados em relação às atribuições previstas e, como consequência, maior profissionalismo na gestão da política de C,T&I das ICTs (RAUEN, 2016).

Os Procedimentos Metodológicos usados no processo de construção desta pesquisa, foram a pesquisa bibliográfica exploratória, envolvendo trabalhos desenvolvidos nas áreas e as diversas legislações que abordam o tema inovação e as Políticas de Inovação de uso nas diferentes Instituições de ensino, para assim contextualizar o leitor no tema.

O objeto de estudo é as diferentes normativas que estão inseridas do contexto da inovação, o problema e os objetivos da pesquisa são a complexidade e falta de entendimentos da legislação, motivada por suas idiossincrasias e peculiaridades. O trabalho se divide em Introdução, abordando o tema em destaque; após, será feita uma análise da legislação que engloba a área de inovação, também serão abordadas as diferenças entre Propriedade Intelectual, Política de Inovação e a Propriedade Industrial. Por fim, será esquematizada a hierarquia existente entre as diversas normativas que abordam e devem ser seguidas nas atrativas envolvendo inovação.

Um resultado dessa política traçada para as universidades e instituições de pesquisa pública tem sido a de que a universidade federal precisará se adequar as trativas simultâneas com vários entes de natureza privada, tais como fundações e empresas públicas, para poder operar suas atividades. Neste modelo, um problema adicional é estabelecer se essas entidades auxiliares ao ensino superior estarão subordinadas à universidade federal, como filiais, ou se atuarão como entes autônomos, em regime de cooperação (DINIZ; NEVES, 2017).

Por derradeiro, cabe ressaltar que as ICTs lidarão com empresas que atuam no mercado e, por definição, possuem a finalidade a obtenção de lucros. Neste particular, não há nenhum tipo de insinuação quanto à boa-fé das empresas quando em negociação com as ICTs. Entretanto, é importante que esteja sempre em mente que o objetivo da iniciativa privada é o lucro e esse será buscado ao máximo quando o aspecto financeiro estiver em jogo. Portanto, é importante que os NITs das ICTs possuam dados consistentes levantados pela prospecção tecnológica e a inteligência competitiva, a fim de que os contratos possam ser vantajosos tanto para as empresas quanto para as ICT e os resultados sejam os que atendam da melhor forma ao interesse da sociedade (MARINHO; CORRÊA, 2016).

1. LEGISLAÇÃO SOBRE O TEMA

Consta da Constituição Federal de 1988: "Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação." (Redação da EC 85/2015). A inovação é matéria que possui resguardo constitucional, demonstrando sua grande importância dado pelo legislador.

A Lei é expressa no seguinte ponto:

> Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015).
>
> § 1º A pesquisa científica básica e tecnológica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso da ciência, tecnologia e inovação. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015).
>
> § 2º A pesquisa tecnológica voltar-se-á preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional.
>
> § 3º O Estado apoiará a formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa, tecnologia e inovação, inclusive por meio do apoio às atividades de extensão tecnológica, e concederá aos que delas se ocupem meios e condições especiais de trabalho. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015).
>
> § 4º A lei apoiará e estimulará as empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País, formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos e que pratiquem sistemas de remuneração que assegurem ao empregado, desvinculada do salário, participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho.
>
> § 5º É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular parcela de sua receita orçamentária a entidades públicas de fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica.
>
> § 6º O Estado, na execução das atividades previstas no caput, estimulará a articulação entre entes, tanto públicos quanto privados, nas diversas esferas de governo. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015).
>
> § 7º O Estado promoverá e incentivará a atuação no exterior das instituições públicas de ciência, tecnologia e inovação, com vistas à execução das atividades previstas no caput. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015).

> Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.
>
> Parágrafo único. O Estado estimulará a formação e o fortalecimento da inovação nas empresas, bem como nos demais entes, públicos ou privados, a constituição e a manutenção de parques e polos tecnológicos e de demais ambientes promotores da inovação, a atuação dos inventores independentes e a criação, absorção, difusão e transferência de tecnologia. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015).

A inclusão via Redação dada pela Emenda Constitucional nº 85/2015 na Constituição Federal de 1988, fez várias alterações importantes, como o artigo 219-A, que trata dos instrumentos de cooperação com órgãos e entidades públicos e com entidades privadas.

> Art. 219-A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão firmar instrumentos de cooperação com órgãos e entidades públicos e com entidades privadas, inclusive para o compartilhamento de recursos humanos especializados e capacidade instalada, para a execução de projetos de pesquisa, de desenvolvimento científico e tecnológico e de inovação, mediante contrapartida financeira ou não financeira assumida pelo ente beneficiário, na forma da lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015).
>
> Art. 219-B. O Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação (SNCTI) será organizado em regime de colaboração entre entes, tanto públicos quanto privados, com vistas a promover o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015).
>
> § 1º Lei federal disporá sobre as normas gerais do SNCTI. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015).
>
> § 2º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios legislarão concorrentemente sobre suas peculiaridades. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015).

Há diversas normativas relacionadas ao tema, como podemos observar na análise das normativas envolvidas na proposta de política de inovação. Uma das inovações trazidas pela Lei da Inovação, foi a possibilidade de afastamento de servidor para desenvolver atividades de ciência, tecnologia e inovação: "Art. 14. Ao servidor, ao empregado público e ao militar serão garantidos, durante o afastamento de sua entidade de origem e no interesse da administração, para o exercício de atividades de ciência, tecnologia e inovação […]". Essa questão, entretanto, necessita de regulamentação própria, para que os afastamentos para exercício de atividades de inovação sejam completos e não questionáveis juridicamente.

Algo que é extremamente interessante e inovador na lei e que esta assegura todos os seus direitos: "[...] os mesmos direitos a vantagens e benefícios, pertinentes a seu cargo e carreira, como se em efetivo exercício em atividade de sua respectiva entidade estivesse" (BRASIL, 2016).

Atualmente, as políticas de inovação estão em desenvolvimento em muitas Instituições Federais de Ensino Superior - IFES. Observa-se que pelo fato da lei ser relativamente recente uma ausência de maturidade nas tratativas de cumprimento da legislação, bem como uma falta de estruturação que a contemple em sua plenitude. Ademais, toda ICT deverá obrigatoriamente desenvolver sua política de inovação conforme legislação vigente:

> Artigo 15-A - A ICT de direito público deverá instituir sua política de inovação, dispondo sobre a organização e a gestão dos processos que orientam a transferência de tecnologia e a geração de inovação no ambiente produtivo, em consonância com as prioridades da política nacional de ciência, tecnologia e inovação e com a política industrial e tecnológica nacional.
>
> Parágrafo único. A política a que se refere o caput deverá estabelecer diretrizes e objetivos:
>
> I - estratégicos de atuação institucional no ambiente produtivo local, regional ou nacional;
>
> II - de empreendedorismo, de gestão de incubadoras e de participação no capital social de empresas;
>
> III - para extensão tecnológica e prestação de serviços técnicos;

> IV - para compartilhamento e permissão de uso por terceiros de seus laboratórios, equipamentos, recursos humanos e capital intelectual;
>
> V - de gestão da propriedade intelectual e de transferência de tecnologia;
>
> VI - para institucionalização e gestão do Núcleo de Inovação Tecnológica;
>
> VII - para orientação das ações institucionais de capacitação de recursos humanos em empreendedorismo, gestão da inovação, transferência de tecnologia e propriedade intelectual;
>
> VIII - para estabelecimento de parcerias para desenvolvimento de tecnologias com inventores independentes, empresas e outras entidades.

A legislação sobre Política de Inovação está diretamente ligada a legislação referente a propriedade intelectual, sendo ambas controversas e estão em constante atualização, fruto de desafios motivados pelos avanços tecnológicos constantes.

A ICT é definida como órgão ou entidade da administração pública direta ou indireta ou pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos legalmente constituída sob as leis brasileiras, com sede e foro no País, que inclua em sua missão institucional ou em seu objetivo social ou estatutário a pesquisa básica ou aplicada de caráter científico ou tecnológico ou o desenvolvimento de novos produtos, serviços ou processos (BRASIL, 2016).

Com a criação da Lei de Inovação, surge a figura do NIT, que é uma estrutura instituída por uma ou mais ICTs, com ou sem personalidade jurídica própria, que tenha por finalidade a gestão de política institucional de inovação e por competências mínimas as atribuições previstas nesta Lei (BRASIL, 2016).

Em relação às atribuições do NIT, foi considerado o que estabelece a Lei de Inovação, especificamente no artigo que trata das suas atribuições enquanto apoiador da gestão da política de inovação da ICT (BRASIL, 2004). Na definição legal de ICT1 e NIT2 foram introduzidas na legislação de forma clara, não cabendo interpretações diversas, por ser matéria com definição legal:

> ICT: órgão ou entidade da administração pública direta ou indireta ou pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos legalmente constituída sob as leis brasileiras, com sede e foro no País, que inclua em sua missão institucional ou em seu objetivo social ou estatutário a pesquisa básica ou aplicada de caráter científico ou tecnológico ou o desenvolvimento de novos produtos, serviços ou processos (Redação pela Lei nº 13.243, de 2016).
>
> NIT: estrutura instituída por uma ou mais ICTs, com ou sem personalidade jurídica própria, que tenha por finalidade a gestão de política institucional de inovação e por competências mínimas as atribuições previstas nesta Lei; (Redação pela Lei nº 13.243, de 2016).

Da mesma forma, em seu artigo 16 e 26, da Lei nº 10.973, é clara nas atribuições do NIT, onde no seu Art. 16. descreve: Para apoiar a gestão de sua política de inovação, a ICT pública deverá dispor de Núcleo de Inovação Tecnológica, próprio ou em associação com outras ICTs (Redação pela Lei nº 13.243, de 2016). Já no Art. 26, está descrito que as ICT que contemplem o ensino entre suas atividades principais deverão associar, obrigatoriamente, a aplicação do disposto nesta Lei a ações de formação de recursos humanos sob sua responsabilidade (BRASIL, 2004). Neste sentido, o afastamento de servidores também é permitido para criar empresas de inovação, *spin-off*, em caráter de inovação.

2. POLÍTICAS DE INOVAÇÃO E A GESTÃO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

Há uma grande diferença entre Propriedade Intelectual, Política de Inovação e a Propriedade Industrial. Podemos verificar as principais modalidades e características da propriedade industrial. Sendo a propriedade industrial uma parte da propriedade intelectual, que está intimamente ligada a Política de Inovação. Entende-se que a propriedade industrial é uma das modalidades de propriedade intelectual, sendo a propriedade intelectual gênero e a propriedade industrial espécie, já a política de inovação é responsável por definir e delimitar a gestão e atividades afins envolvendo todo tipo de propriedade intelectual, entre elas a Propriedade Industrial.

As Características da Propriedade Industrial vigentes no Brasil, são:

- Patente de Invenção (PI), que é o título de propriedade temporária sobre uma invenção ou modelo de utilidade, outorgados pelo estado aos inventores. Tem Vigência de 20 anos.
- Modelo de Utilidade (MU), é objeto de uso prático que apresente nova forma ou disposição, envolvendo ato inventivo que resulte em melhoria funcional no seu uso ou fabricação. Tem Vigência de 15 anos.
- Desenho Industrial. É a forma plástica ornamental de um objeto ou conjunto de linhas e cores que possa ser aplicado a um produto, proporcionando resultado visual novo e original. Tem Vigência de 10 anos prorrogáveis por 3 períodos de 5 anos
- Marca. A marca registrada garante ao seu proprietário o direito de uso exclusivo em todo o território nacional em seu ramo de atividade. Tem Vigência de 10 anos - Prorrogáveis por períodos iguais e sucessivos.
- Programa de Computador. O registro de programa de computador é competência do INPI que foi atribuída através do decreto 2.556/98. Sem Prazo

Analisando as PIs, verifica-se que há diferentes prazos, dependendo da modalidade de propriedade industrial, isso sem adentrarmos nos direitos autorais, que podem perfazer toda vida do autor e mais 70 anos após sua morte, contando a partir do primeiro dia do ano seguinte ao falecimento do autor, ou último autor no caso de coautorias. A ICT, por meio do seu NIT, com base em sua política de inovação tem o papel de gerir a sua propriedade intelectual, analisando os diferentes prazos de validade e demais peculiaridades de cada um de seus produtos, sendo que, um único produto pode ter múltiplas proteções.

3. HIERARQUIA ENTRE AS NORMAS

Foi publicado no ano de 2020 o Decreto nº 10.534, que estabelece a Política Nacional de Inovação (PNI) e dispõe sobre a sua governança. A recente Política Nacional de Inovação tem por finalidade orientar, coordenar e articular as estratégias, os programas e as ações de fomento à inovação, bem como, estabelecer mecanismos de coope-

ração entre os estados, o Distrito Federal e os municípios para promover o alinhamento das iniciativas e das políticas federais de fomento à inovação com as iniciativas e as políticas formuladas e implementadas pelos outros entes federativos. Ela busca responder a problemas históricos, notadamente o baixo nível de inovação das empresas brasileiras, e a coordenação insuficiente das diferentes áreas do governo para lidar com o problema (MCTIC, 2020).

O decreto é resultado de um trabalho iniciado e liderado pelo Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações (MCTI) por meio das secretarias de Empreendedorismo e Inovação (Sempi) e de Estruturas Financeiras e de Projetos (SEFIP), com participação de outros atores do Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação (SNCTI), como parte de um esforço do Estado para sanar os desafios brasileiros que impedem melhores resultados em inovação e em desenvolvimento econômico e social, bem como, inserir o país no sistema internacional altamente competitivo, digital, conectado e globalizado. Uma vez editado o decreto, o próximo passo foi estabelecer a Câmara de Inovação.

Além disso, durante o ano de 2020 já houve um esforço para detalhamento da política, na forma da Estratégia Nacional de Inovação. Atualmente a proposta está no momento de consulta pública (http://estrategianacionaldeinovacao.mcti.gov.br). A política é estruturada em seis eixos: fomento, cultura de inovação, base tecnológica, mercado para produtos inovadores, sistemas educacionais e propriedade intelectual. Para cada um destes eixos são definidas as diretrizes de ação, que serão desdobradas em iniciativas e planos de ação (MCTIC, 2020).

A Câmara de Inovação, instância colegiada presidida pela Casa Civil e com a participação de 11 ministérios, será responsável por aprovar a Estratégia e os Planos de Ação, além de definir as prioridades de atuação do governo para o tema. Dentro da Câmara será possível constituir grupos consultivos temáticos para desenvolver soluções específicas, buscando maior coesão e sinergia das ações do governo para o tema (MCTIC, 2020).

Destaque para o Decreto nº 10.534, de 28 de outubro de 2020, que em seu Art. 1º instituiu a Política Nacional de Inovação, no âmbito da administração pública federal, com a finalidade de:

> I - orientar, coordenar e articular as estratégias, os programas e as ações de fomento à inovação no setor produtivo, para estimular o aumento da produtividade e da competitividade das empresas e demais instituições que gerem inovação no País, nos termos do disposto na Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004; e
>
> II - estabelecer mecanismos de cooperação entre os Estados, o Distrito Federal e os Municípios para promover o alinhamento das iniciativas e das políticas federais de fomento à inovação com as iniciativas e as políticas formuladas e implementadas pelos outros entes federativos.

Estudos sobre inovação no Brasil convergem ao constatar que o país conseguiu construir um sistema robusto de pesquisa e pós-graduação, possibilitando avanços importantes na formação e na produção científica nacional. No entanto, não se observaram melhorias dos indicadores tecnológicos e de inovação. Dessa forma, fez-se necessária a construção da Política Nacional de Inovação, com trabalho e engajamento extensivo do MCTI e integração dos atores do Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação, com muitas reuniões e discussões técnicas, culminando no presente decreto (MCTIC, 2020).

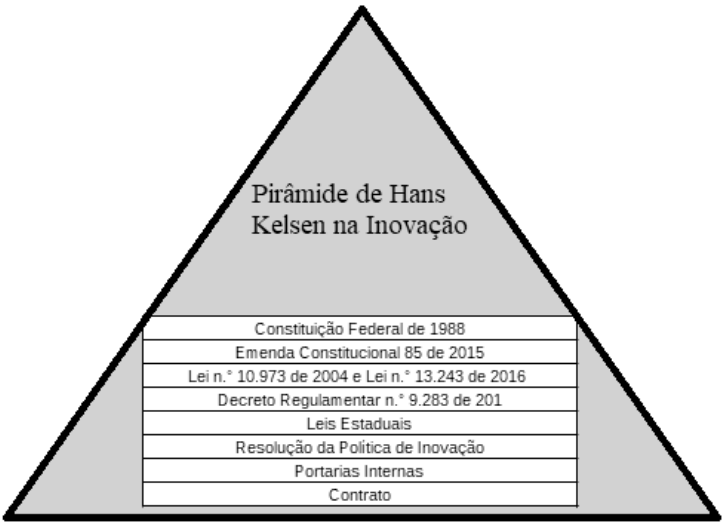
Há também uma hierarquia que deve ser respeitada, sendo em ordem hierárquica a Constituição Federal de 1988, a Emenda Constitucional 85 de 2015, as Leis nºs 10.973/2004 e 13.243/2016, o Decreto Regulamentar nº 9.283/2018, a Resolução que Institui a Política de Inovação e, por fim, as Portarias Ligadas a Política de Inovação (LEGISLAÇÃO BRASILEIRA, 2020). Toda legislação deve ser observada desde a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, até chegarmos as normas internas da instituição. Oportuno mencionar Hans Kelsen, que foi um dos mais importantes teóricos do direito, que descreveu a figura da hierarquia entre as normas.

Figura 1. Pirâmide de Hans Kelsen

Fonte: MPBA/Autor (2020)

No caso de afastamentos para exercício de atividades de inovação, há necessidade de regulamentação própria, em harmonia com a legislação complementar e da política do órgão, obedecendo a hierarquia entre as normas. Nesse caso, além da observação obrigatória da hierarquia, começando pela Constituição Federal de 1988, a Emenda Constitucional de 2015, as Leis de 2004 e 2016, o Decreto Regulamentar de 2018, a própria política nacional de inovação de 2020, Legislações estaduais, deve-se, outrossim, observar a Resolução que Institui a Política de Inovação e por fim as Portarias Ligadas a Política de Inovação. Assim, o termo/contrato de afastamento poderá ser redigido, e estará dentro da lei, não tendo ilegalidades ou motivos para contestação. Abaixo a figura 2, demonstra as normas envolvendo inovação de forma hierarquizadas.

Figura 2. Pirâmide de Hans Kelsen na Inovação



Começamos a ordem hierárquica com Constituição Federal de 1988, após em nível abaixo da Constituição temos as Emendas Constitucionais, seguindo com as e seus Decretos Regulamentares, caso exista, devemos observar, logo após as Legislações estaduais, e por fim, será observado na ordem a Resolução que Institui as Política de Inovação, e abaixo de pirâmide, na base, ficam as Portarias que regulam partes específicas da Política de Inovação. Por fim, com observância de todas às normativas, podem-se editar os termos dos contratos de afastamento, usos conjunto de laboratórios, cessão de PI etc. Há uma relativa complexidade que pode ser observado no trato da legislação envolvendo inovação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na atuação dos NITs, ou empresas que negociam com ICTs com NITs, os envolvidos devem ter atenção ao cumprimento da legislação, e se há respeito as suas hierarquias, começando pela Constituição Federal de 1988, a Emenda Constitucional de 2015, as Leis de 2004 e 2016, o Decreto Regulamentar de 2018, Legislações Estaduais, a própria política

nacional de inovação de 2020, deve-se, outrossim, observar a Resolução que Institui a Política de Inovação e por fim as Portarias Ligadas a Política de Inovação. Assim, o termo/contrato de afastamento poderá ser redigido, e estará dentro da lei, não tendo ilegalidades ou motivos para contestação. Abaixo a figura 02, demonstra as normas envolvendo inovação de forma hierarquizadas.

A importância da Política de Inovação faz-se essencial para a segurança jurídica de negociações entre as ICTS e Empresas parceiras, bem como, para a evolução tecnológica do país, com uma produção tecnológica que alcance o mercado de forma eficaz e organizada, deixando-se bem claro as atribuições e vantagens que cada ente pode usufruir. Esta política deve ser feita com base nas normas e regulamentos sobre o tema, sempre obedecendo sua hierarquia.

A pesquisa pode concluir que há uma diversidade de normas na área de inovação, essas normativas, caso não sejam observadas e compreendidas nas suas diferentes competências e hierarquias, podem inviabilizar os processos de inovação nas diferentes ICTs espalhadas pelo Brasil.

É salutar mencionar que o objetivo geral foi alcançado, considerando que se analisaram as características legais das normativas e das políticas de inovação, com ênfase na possibilidade de afastamentos para inovação na relação universidade e empresa, por meio da política de inovação, que possibilite tal ato legal, todavia, devem-se obedecer e conhecer as normas hierarquizadas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Congresso Nacional. **Constituição da República Federativa do Brasil,** de 05 de outubro de 1988.

_____. Congresso Nacional. **Emenda Constitucional nº 85**, de 26 de fevereiro de 2015. Altera e adiciona dispositivos na Constituição Federal para atualizar o tratamento das atividades de ciência, tecnologia e inovação. Brasília, 2015.

_____. Congresso Nacional. Lei nº 8.958, de 20 de dezembro de 1994. **Dispõe sobre as relações entre as instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica e as funda-**

ções de apoio e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br.htm>. Acesso em: 28 mar. 2020.

_____. Congresso Nacional. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. **Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 15 maio 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm>. Acesso em: 28 mar. 2020.

_____. **Congresso Nacional.** Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. **Diário Oficial da União, Brasília, 1990.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/.htm>. Acesso em: 28 mar. 2020.

_____. Congresso Nacional. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. **Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 23 de dezembro 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm>Acesso em: 28 mar. 2020.

_____. Congresso Nacional. Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998. **Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 20 de fevereiro 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9609.htm. Acesso em: 28 mar. 2020.

_____. Congresso Nacional. Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. **Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 20 de fevereiro de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm. Acesso em: 28 mar. 2020.

_____. Congresso Nacional. Lei nº 10.973, de 02 de dezembro de 2004. **Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2004. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L10973.htm>. Acesso em: 28 mar. 2020.

_____. Congresso Nacional. Lei nº 11.484, de 31 de maio de 2007**. Dispõe sobre os incentivos às indústrias de equipamentos para TV digital e de componentes eletrônicos semicondutores e sobre a proteção à propriedade intelectual das topografias de circuitos integrados.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20072010/ 2007/lei/l11484.htm>. Acesso em: 10 mar. 2020.

_____. Congresso Nacional. Lei nº 11.892, de 29 de dezembro de 2008. **Institui a Rede Federal de Educação Profissional, Científica e Tecnológica, cria os Institutos Federais de Educação, Ciência e Tecnologia, e dá outras providências.** 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11892.htm > Acesso em: 20 mar. 2020.

_____. Congresso Nacional. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. **Regula o acesso a informações** previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º, do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências, 2011. Acesso em: 20 mar. 2020.

_____. Congresso Nacional. Lei nº 12.772, de 28 de dezembro de 2012. Dispõe sobre a estruturação do Plano de Carreiras e Cargos de Magistério Federal; Acesso em: 20 mar. 2020.

_____. Congresso Nacional. **Lei nº 12.243 de 11 de janeiro de 2016. Dispõe sobre estímulos ao desenvolvimento científico, à pesquisa, à capacitação científica e tecnológica e à inovação** e altera a Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, a Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, a Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993, a Lei nº 8.958, de 20 de dezembro de 1994, a Lei nº 8.010, de 29 de março de 1990, a Lei nº 8.032, de 12 de abril de 1990, e a

Lei nº 12.772, de 28 de dezembro de 2012, nos termos da Emenda Constitucional nº 85, de 26 de fevereiro de 2015. Acesso em: 20 mar. 2020.

_____. Congresso Nacional. **Decreto nº 9.283, de 7 de fevereiro de 2018. Regula Lei nº 12.243, de 11 de janeiro de 2016.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 08 fevereiro 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/Decreto/D9283.HTM>. Acesso em: 28 de março 2020.

_____. Congresso Nacional. **Decreto nº 10.534 de 28 de outubro de 2020. Institui a Política Nacional de Inovação e dispõe sobre a sua governança.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 29 outubro 2020. Disponível em: **<http://www.planalto.gov.br/>.** Acesso em: 28 mar. 2020.

DINIZ, Davi Monteiro; NEVES, Rubia Carneiro. **Universidade Federal, Política de Inovação e Núcleos de Inovação Tecnológica: sua interação em face do Marco Legal de Inovação**. In: GONÇALVES, Everton das Neves. KNOERR, Fernando Gustavo. CLARK, Giovani (Coord.). Transformações na ordem social e econômica e regulação. Florianópolis: Conpedi, 2017.

RAUEN, Cristiane Vianna. O novo marco legal da inovação no Brasil: o que muda na relação ICT-Empresa? **Revista Radar,** v. 43, fev. 2016.

MARINHO, Bruno Costa. CORRÊA, Lenilton Duran Pinto. Novo marco legal da inovação no Brasil: breve análise dos reflexos das alterações na lei nº 10.973/2004 para os núcleos de inovação tecnológica. **Rev. de Direito, Inovação, Propriedade Intelectual e Concorrência.** Brasília, v. 2, n. 1, p. 43-58, jan-jun. 2016.

NATUREZA DIRIGENTE DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA: A JURIDICIZAÇÃO E JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Caio Pacca Ferraz de Camargo[81]
Taysa Pacca Ferraz de Camargo[82]

INTRODUÇÃO

Pretende-se, com esta breve, pesquisa evidenciar a natureza dirigente da Constituição Federal brasileira, identificando a macrológica da judicialização de políticas públicas atinentes à concreção de direitos sociais, além dos efeitos desse fenômeno sobre a própria compreensão das normas constitucionais e do papel constitucional do Poder Judiciário ante os demais Poderes da República.

A partir de um breve e necessário escorço histórico do direito constitucional emergido do segundo pós-guerra, com a promulgação da Cons-

81 Mestre em Direito. Aluno da pós-graduação stricto sensu das disciplinas isoladas "História do Pensamento Jurídico" e "Crítica às Instituições do Direito Internacional", ambas da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Especialista em Direito Civil (EPM). Especialista em Direito Notarial e Registral Imobiliário (EPM). Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Bacharel em Relações Internacionais pelo Centro Universitário UniFMU. Registrador Civil e Notário no Estado de São Paulo.

82 Mestranda em Direito. Especialista em Direito Civil (EPM). Especialista em Direito Notarial e Registral Imobiliário. Advogada. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário UniFMU. Conciliadora do TJSP.

tituição italiana e da Lei Fundamental de Bonn, cujas índoles explícitas foram alçar direitos humanos sociais e diretrizes das políticas públicas necessárias à sua concretude ao *status* de norma jurídica constitucional, juridicizaram-se constitucionalmente tais direitos e políticas, criando a partir de então novas expectativas que, socialmente frustradas, ensejam o exercício do direito de ação e, por consequência, sua judicialização.

O trabalho foi divido em três seções. Na primeira, apresentar-se-á o dirigismo constitucional como resultado de uma evolução do pensamento jurídico constitucional, sedimentado a partir do final da Segunda Grande Guerra como tradução de um sentimento de dever de construção de um novo pacto social amplo, fundado nos direitos humanos. Na segunda seção, debater-se-á como a judicialiazação de direitos sociais e as políticas públicas necessárias à sua concretude afiguram-se como possível medida do sucesso ou insucesso da sua eficácia social, haja vista depender ela de uma efetiva lesão ou fundada ameaça dela a direitos, evidenciando, pois, a quase perene tensão entre a eficácia jurídica e social das normas constitucionais dirigentes. Na terceira e última seção, partir-se-á das propostas de Peter Lerche e José Joaquim Gomes Canotilho sobre o núcleo semântico da expressão *constituição dirigente* para aferir se a Constituição Federal brasileira de 1988 é, ou não, dirigente e em que medida sua natureza contribui à judicialização de políticas públicas no país e qual o papel constitucional do Judiciário nesse contexto diante dos demais poderes da República.

O presente texto foi elaborado pelo método dedutivo, a permitir conclusões mais particulares a partir de premissas mais gerais, construídas com apoio em pesquisa histórica e descritiva, com uma abordagem qualitativa e procedimento fundamentalmente bibliográfico em livros doutrinários e artigos de periódicos científicos.

1. A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DAS CONSTITUIÇÕES DIRIGENTES

O novo direito constitucional tem suas raízes na Europa continental no pós-Segunda Guerra Mundial, destacadamente a partir da promulgação da Constituição italiana de 1947 e da Lei Fundamental de Bonn de 1949 (BARROSO, 2015, p. 279-280). No Brasil, e na América Latina

como um todo, o fenômeno é bem posterior; só se observou após o fim das ditaduras militares a partir da década de 1980.

Na Europa, aquele momento histórico sedimentou a transição do Estado liberal ao social que "[...] ocorreu em vários países desde o início do século XX e com maior intensidade após o fim da segunda grande guerra" (LUNARDI, 2008, p. 199-215), o que é vital à correta compreensão do tema ora posto, pois:

> Em Estados liberais, a política social é considerada tema discricionário do legislador ordinário. A estratégia mais comum consiste no silêncio constitucional. Não sendo constitucionalizada [...] o legislador ordinário possui liberdade de atuação sem que haja possibilidade de controlar judicialmente a constitucionalidade de suas decisões (DIMOULIS; LUNARDI, 2016, p. 245).

O Estado social subverteu essa dinâmica, pois passou a incorporar direitos sociais e vetores de políticas públicas necessárias à sua realização, como normas expressamente positivadas em sede constitucional, conferindo-lhes eficácia normativa em hierarquia máxima.

Destarte, ocorre "[...] um deslocamento de competências decisórias entre Poderes do Estado. Na medida em que as Constituições garantem direitos sociais e mesmo delineiam políticas públicas, a matéria juridiciza-se, sendo inevitável a judicialização [...]" (DIMOULIS; LUNARDI, 2016, p. 246). Observa-se, assim que: "A constitucionalização modifica o desenho institucional da separação dos Poderes, pois o Judiciário passa a ter papel ativo na execução de políticas públicas" (DIMOULIS; LUNARDI, 2016, p. 237).

Os textos constitucionais que floresceram no pós-Guerra revelaram grande desconfiança em relação ao legislador ordinário, pois a experiência então recente dos Estados totalitários tinha mostrado sua fácil captura ou supressão pela maioria política dominante.

Com os horrores da guerra ainda frescos na memória, consolidou-se a convicção de que o pleno gozo dos direitos políticos dependia da observância de direitos sociais e vice-versa. Os constituintes dos Estados que provaram o totalitarismo, num primeiro momento Itália e República Federal Alemã (RFA) e, posteriormente, Portugal e Espanha, busca-

ram limitar a discricionariedade política do Legislador e do Executivo, restringindo suas escolhas dentro de uma moldura normativa constitucionalmente estabelecida, na expectativa de que a normatividade hierarquicamente superior do texto constitucional impedisse seu atropelo pelos Poderes mais sensivelmente políticos do Estado, permitindo ainda, dessa forma, a apreciação da licitude ou não da conduta deles pelo Judiciário.

Essas Constituições, ao assim disporem, pretenderam-se marcos normativos de um novo paradigma social alinhado com os direitos humanos, e não normas meramente orgânico-estatais. Eis, em resumo, as bases e fundamentos históricos do conceito da Constituição dirigente.

2. NORMATIVIDADE CONSTITUCIONAL: ENTRE A EFICÁCIA JURÍDICA E A EFICÁCIA SOCIAL

Se por um lado a consignação constitucional de direitos sociais e de políticas públicas a eles e elas confira *eficácia jurídica* – que "[...] designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos [...] basta a *possibilidade* – não é necessária a efetividade da geração de tais efeitos para que ocorra a eficácia jurídica da norma [...]" (GRAU, 2010, p. 322) –, e conseguintemente a pretensão Judicial; por outro, não basta por si só para que eles se efetivem no mundo material, ou seja, a eles confira *eficácia social* – que "designa uma efetiva conduta acorde com a prevista na norma" (GRAU, 2010, p. 322).

Celso Atônio Bandeira de Mello (2015, p. 56) lembra que:

> Todas as normas constitucionais concernentes à Justiça Social – inclusive as programáticas – geram imediatamente direitos para os cidadãos, inobstante tenham teores eficaciais distintos. Tais direitos são verdadeiros 'direitos subjetivos', na acepção mais comum da expressão.

Ou seja:

> A existência dos chamados conceitos vagos, fluidos ou imprecisos nas regras concernentes à Justiça Social não é impediente a que o Judiciário lhes reconheça, *in concreto*, o âmbito significativo. Esta missão é realizada habitualmente pelo juiz nas distintas áreas do

> Direito e sobretudo no direito privado. Além disso, por mais fluido que seja um conceito, terá sempre um núcleo significativo indisputável. É puramente ideológico e sem nenhuma base jurídica o entendimento de que a ausência de lei definidora obsta à identificação do conceito e à invocação do correlato direito (DE MELLO, 2015, p. 57).

Logo, o exercício da pretensão judicial de apreciação de um direito social ou de políticas públicas a ele pertinentes chegará ao Judiciário apenas diante de uma violação ou ameaça de violação a eles (ainda que por omissão) num caso concreto. A judicialiazação dessas políticas ou direitos dependerá, pois, em boa medida do sucesso ou insucesso da eficácia desses direitos, o que "[...] implica realização efetiva dos resultados buscados pela norma. Esses resultados – fins – aliás, podem ser explicitados em outras normas, as *normas-objetivo*" (GRAU, 2010, p. 323), e não de maneira absolutamente automática em razão da mera juridicização desses temas.

As Constituições dirigentes, juridicizadoras de direitos sociais e políticas públicas, geram assim aos seus destinatários, uma legítima expectativa de efetiva realização dos resultados nelas consignados e também, por isso quando não alcançados, muitas frustrações, de modo a terem um papel central no fenômeno da judicialização desses direitos e políticas.

3. A ÍNDOLE DIRIGENTE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988, A JURIDICIZAÇÃO E JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: O PAPEL DO JUDICIÁRIO ANTE OS DEMAIS PODERES DA REPÚBLICA

O núcleo semântico da expressão *constituição dirigente* (ou diretiva) se consolidou sobre as proposições dos juristas Peter Lerche e José Joaquim Gomes Canotilho, tendo sido inicialmente usada por Lerche, em 1961, ao afirmar que as constituições de então se caracterizavam por conterem partes que plasmavam uma série de políticas constitucionais que se revelavam como imposição permanente ao legislador a limitar a discricionariedade dele. Para Lerche, são os dispositivos constitucionais passíveis de vincular ou não o legislador que caracterizam uma constituição como dirigente,

ou não. Canotilho aprofunda esse conceito ao sustentar que não apenas algumas partes da constituição são dirigentes, mas toda ela, pois tal Constituição racionaliza a política, dando a ela fundamentos constitucionais. A Constituição dirigente é um programa para o futuro, cujo objetivo é dar substrato jurídico à mudança social que se pretende. É um programa de ação à alteração não só do Estado, mas de toda a sociedade (BERCOVICI, 2014, p. 9-10). Daí se afirmar sobre a Constituição de 1988 "[...] ser ela a Constituição do Brasil, e não apenas a Constituição da República Federativa do Brasil" (GRAU, 2010, p. 365).

Ainda que cabíveis as críticas quanto a singularidade da transição democrática brasileira, pois "o regime instaurado em 1964 não foi propriamente derrotado pelos adversários. Ele evoluiu e se transformou por si mesmo, sob o comando das mesmas forças que sempre o controlaram: os militares e os empresários" (COMPARATO, 1986, p. 11), o fato é que o texto constitucional brasileiro que emergiu da Constituinte de 1987-88, enuncia diretrizes, fins e programas a serem realizados pelo Estado e pela sociedade brasileira, notadamente nos arts. 1º e 3º, fazendo dela uma Constituição indubitavelmente dirigente, cujos elementos básicos são:

> - o constituinte de 1988 impõe ao legislador programas de ação normativamente densos e juridicamente vinculantes, limitando drasticamente sua discricionariedade jurídica e política;
>
> - a Constituição não é econômica e politicamente neutra; impõe um programa de transformação social baseado nos eixos de melhoria das condições de vida das classes populares, diminuição das desigualdades regionais e fortalecimento da economia nacional;
>
> - é crucial o papel do Estado como planejador, propulsor e executor dos programas de desenvolvimento social no sentido indicado. Destinatários principais dos imperativos desenvolvimentistas são o Legislativo e o Executivo (DIMOULIS; LUNARDI, 2013, p. 12-13).

Sem negligenciar as críticas cabíveis às constituições de modelo dirigente, "o projeto normativo da Constituição de 1988 não naufragou nem pela sua ineficácia material, nem pela obsolescência ou pela paralisia decisória" (VIEIRA, 2013, p. 18). Ao contrário, tem se mostrado resiliente

através de uma "[...] *rigidez complacente* que permite a constante atualização do seu projeto sem que ocorra erosão da sua estrutura" (DIMOULIS, 2013, p. 7). Pode-se dizer, com apoio na constatação de Oscar Vilhena Vieira (2013, p. 20) que a Constituição de 1988:

> [...] tem alcançado um alto grau de resiliência, vem sendo implementado incrementalmente e que esse processo de efetivação se deve a uma multiplicidade de fatores, entre os quais inúmeros elementos intrínsecos ao modelo constitucional adotado. Logo, o desenho institucional adotado pela Constituição tem contribuído para que a vontade normativa adquira efetividade. Destacamos a seguir elementos desse desenho institucional.

Conquanto notável a resiliência da Carta de 1988, tendo ela cristalizado um amplo programa reformador da realidade brasileira, pressupunha, por certo, desde então, o reconhecimento das severas dificuldades que teria na sua concreção, mas mesmo assim foi a que mais acreditou no Judiciário. Conseguintemente acabou por favorecer a judicialização da vida no Brasil que, se por um lado pode ser vista com otimismo como reflexo duma maior consciência de cidadania, por outro, pode representar uma sociedade puerilizada, incapaz de dialogar e exercer sua autonomia (NALINI, 2018, p. 99-104, *passim*). Ou seja, afora os inequívocos reflexos cotidianos que a judicialização causa no congestionamento das pautas das cortes nacionais, subjaz a censura de que a adoção acrítica das constituições dirigentes esvazia o processo político, representando, aliás, um risco de serem cooptadas por sucessivas emendas que transmutem sua natureza de um constitucionalismo político a um constitucionalismo econômico [neoliberal], gerando a *Constituição Dirigente Invertida* (BERCOVICI, 2014, p. 12).

Se por um lado se somam críticas ao avanço da relevância institucional do Judiciário na concreção de políticas públicas como um desvio do processo de formação da vontade política na sociedade, como se indevido fosse tal movimento, por outro, erguem-se argumentos favoráveis.

Desse debate, porém, não se pode ignorar a legitimidade da dimensão subjetiva dos direitos sociais que justifica sua judicialização, destacando, portanto, a salutar atuação do Judiciário como copartícipe na implemen-

tação de políticas públicas (DIMOULIS; LUNARDI, 2016, p. 256), sem, contudo, se pretender que se torne ele o eixo orbital de sua execução, sendo preferível deixar *no limite daquilo que a própria Constituição Federal emoldurou* ao legislador ordinário e ao Executivo, sua execução aos outros Poderes de maior representação popular, a revalorizar a atividade política sob as balizas constitucionais no âmbito social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante a pesquisa realizada, pode-se concluir que as constituições do tipo dirigente são fruto de um momento histórico decisivo, quando prevaleceu, dentre os fundadores das novas ordens constitucionais dos Estados europeus derrotados na Segunda Guerra Mundial, uma desconfiança em relação aos Poderes estatais de maior sensibilidade representativa (Legislativo e Executivo), justificada pelas então recentes experiências totalitárias que facilmente os cooptaram.

Em razão disso, buscou-se, por meio do texto constitucional, hierarquicamente cimeiro, limitar o campo da discricionariedade daqueles Poderes além de permear o texto constitucional com direitos humanos, notadamente sociais. Ao assim fazerem aqueles constituintes, conferiram fundamento jurídico-constitucional à atividade política, juridicizando por consequência também as políticas públicas tendentes à concretude desses direitos, recentemente constitucionalizados / fundamentalizados.

Eventual deficiência na eficácia social dessas normas e políticas públicas, não despe a Constituição de sua eficácia jurídica, normativa, marcada pela possibilidade do manejo do direito de ação diante de um desrespeito ou ameaça dele, inclusive por omissão. A judicialização de direitos sociais e políticas públicas que visem sua concreção pode, destarte, até certo ponto, servir para aferir o sucesso ou insucesso da eficácia material desses direitos.

Portanto, diante desse quadro, perfeitamente possível afirmar que a Constituição Federal brasileira de 1988 é de natureza dirigente, tendo, pois, ao juridicizar múltiplos aspectos da vida social depois do regime de 1964, contribuído para a judicialização de políticas públicas, mas não de maneira automática, e sim mediata, na medida em que seu programa não é cumprido (ou não o é satisfatoriamente) pelos demais poderes públicos.

Nesse contexto, há de se recomendar cautela para que a judicialização não se torne mecanismo ordinário de realização de políticas públicas, sendo por outro lado salutar que seja delas copartícipe por ser o Judiciário um Poder de menor representatividade popular, todavia mais institucionalmente atado à vigilância da constitucionalidade.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BERCOVICI, Gilberto. Revolution trough Constitution: the Brazilian's directive Constitution debate. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 7-18, jan-abr. 2014. http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i1.40249

COMPARATO, Fábio Konder. **Muda Brasil: uma Constituição para o desenvolvimento democrático**. São Paulo: Brasiliense, 1986.

DE MELLO, Celso Atônio Bandeira. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2015.

DIMOULIS, D.; LUNARDI, S. G. Dimensões da constitucionalização das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 273, p. 237-267, set. 2016. Disponível: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/ article/view/66662>. Acesso: 16 nov. 2020.

DIMOULIS, Dimitri et al. **Resiliência constitucional: compromisso maximizador, consensualismo político e desenvolvimento gradual.** 1ª ed. São Paulo: Direito GV, 2013.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto. Aspectos econômicos dos direitos fundamentais: benefícios fiscais para portadores de deficiência. **Revista Scientia Iuris**, Londrina, v. 12, n. p. 199-215, 2008.

Disponível: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view /4162>. Acesso: 16 nov. 2020.

NALINI, J. R. A Justiça precisa ser assim? In: FORGIONI, Paula A. et al (Coord.) **Direito empresarial, direito do espaço virtual e outros desafios do direito: homenagem ao professor Newton De Lucca**. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Do compromisso maximizador ao constitucionalismo resiliente. In: DIMOULIS, Dimitri. [et al.]. **Resiliência constitucional: compromisso maximizador, consensualismo político e desenvolvimento gradual.** 1ª ed. São Paulo: Direito GV, 2013.

AS MEDIDAS PROVISÓRIAS MUNICIPAIS COMO INSTRUMENTO DE GESTÃO PÚBLICA

Marcio Filipe Carvalho Pereira [83]

INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva analisar, através de método dedutivo, pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, a possibilidade de edição de Medidas Provisórias (MP) municipais, em que contornos tal procedimento se daria e como esse instrumento pode ser encarado como um interessante instrumento de gestão pública. A propósito, tem-se que a Constituição Federal, em seu artigo 62, caput, indica ser atribuição do Presidente da República a edição de tais medidas. O texto constitucional, no entanto, não se manifesta sobre eventual competência de governadores e/ou prefeitos nesse sentido.

Tendo em vista a obscuridade do referido dispositivo, surgem as mais variadas opiniões a respeito. Todavia, o tema não é muito aprofundado em sede doutrinária, sendo poucos os autores que se dedicam ao referido estudo. Em um dos polos, encontram-se aqueles que repudiam a possibilidade de edição de MP municipais. Alegam, em síntese, a interpretação restritiva do texto constitucional, bem como o possível desequilíbrio en-

83 Graduado em Direito (Universidade Federal de Viçosa-UFV), Mestrando em Administração Pública (Fundação João Pinheiro/MG), Pós-graduando em Advocacia Pública (IDDE/MG), Advogado e Procurador Jurídico Assistente do Município de Itabirito-MG.

tre os poderes Legislativo e Executivo. No outro polo, os defensores das mencionadas medidas provisórias indicam uma hermenêutica extensiva do artigo 62, caput, da Constituição (BRASIL, 1988), de modo a permitir que alcaides e governadores possam, também, editar MP. Asseveram os referidos autores, ainda, que tais medidas seriam viáveis visto que a Carta Magna não as proíbe. Ademais, baseiam-se, fundamentalmente, no princípio da simetria e no da autonomia dos entes federativos. Cumpre, pois, investigar as referidas proposições, de modo a assentar a viabilidade das medidas provisórias municipais e em que condições elas se dariam.

Diante de tal panorama, buscar-se-á, no primeiro capítulo, tratar da Medida Provisória como instituto de Direito Constitucional. Será traçada sua evolução histórica, comparada a institutos do Direito estrangeiro, bem como terá pormenorizada a sua disciplina constitucional. Tendo sido analisada a possibilidade jurídica das medidas provisórias municipais, será apontada a sua importância enquanto instrumento de gestão municipal. Discutir-se-á, pois, a posição fragilizada das municipalidades dentro do sistema federativo brasileiro, indicando-se a MP como uma das formas de se aprimorar a governança municipal, na medida em que seria fundamental em situações nas quais se exige um provimento legislativo imediato.

Toda a polêmica doutrinário-jurisprudencial, assim como todas as possibilidades que a medida provisória municipal pode representar no âmbito das municipalidades brasileiras demonstram, por si só, a relevância da presente pesquisa. Trata-se de um instituto pouco trabalhado no Direito brasileiro, de maneira que um aprofundamento sobre a temática é interessante, na medida em que se podem estabelecer as propriedades e contornos que as MPs municipais podem assumir no ordenamento jurídico nacional.

1. AS MEDIDAS PROVISÓRIAS MUNICIPAIS

As medidas provisórias são, por si só, um instrumento importante e, ao mesmo tempo, controverso no Direito brasileiro. Conferem relativa autonomia ao Poder Executivo em situações de exceção, concedendo poderes verdadeiramente legislativos ao Chefe do Executivo.

O instituto tem previsão constitucional, como mencionado, e é amplamente utilizado pelo Executivo federal. Contudo, pairam dúvidas

quanto à possibilidade de ser adotada também em nível estadual e municipal.

1.1. DA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL E DOUTRINÁRIA

Com efeito, não existe unanimidade doutrinária e/ou jurisprudencial quanto à possibilidade de adoção simétrica do instituto da medida provisória no processo legislativo de municípios e estados. Existem diferentes entendimentos e, entre aqueles que entendem possível a edição de MP por qualquer ente federativo, existem diferentes propostas de condicionantes para que isso se torne efetivamente possível.

1.1.1. DO JULGAMENTO DA ADI 425-5

As medidas provisórias são, pois, instrumentos legislativos de competência do Chefe do Executivo e que visam a normatização em situações excepcionais, que, por sua urgência e relevância, não poderiam aguardar o trâmite do processo legislativo ordinário.

A Constituição atribui expressamente ao Presidente da República a atribuição de editar as MP. Contudo, não existe qualquer disposição constitucional tratando da possibilidade (ou não) de edição das mencionadas medidas pelos Governadores e Prefeitos. As Medidas Provisórias Municipais e Estaduais não foram mencionadas pelo constituinte e, por isso, geram uma série de divergências doutrinárias.

A viabilidade das medidas provisórias estaduais já não é alvo de tanta polêmica. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 425-5, decidiu pela possibilidade de serem editadas medidas provisórias pelos governadores. A referida ação foi proposta pelo PMDB com o fito de requer a suspensão da eficácia das Medidas Provisórias 63, 64, 65, editadas pelo Governador do Estado de Tocantins, em 1990, e nesse mesmo ano convertidas em Leis 219, 220, 215 e 218.

A maioria dos julgadores entendeu pela constitucionalidade das Medidas Provisórias Estaduais, havendo apenas um voto vencido, do Ministro Carlos Velloso. Baseando-se fundamentalmente no princípio da simetria, o Excelso Tribunal posicionou-se favoravelmente às ditas medidas.

No mencionado julgado, o Ministro Maurício Corrêa asseverou, em seu voto:

> É tradição nesta Corte aplicar o princípio da simetria ao procedimento legislativo nos Estados-membros, que também enfrentam situações excepcionais a reclamar providências urgentes e relevantes capazes de saná-las, especialmente se considerarmos o fato de que vários deles possuem tamanho, população e economia equiparáveis a diversos países do mundo (BRASIL, 2002).

O Ministro Gilmar Mendes, por seu turno, destacou a importância das medidas provisórias estaduais como forma de ampliar as possibilidades dos estados-membros no tocante à legislação, de modo a libertá-los do "modelo angusto imposto ao sistema federativo". Tratou também da utilização abusiva da medida provisória no Brasil; sobre essa temática, afirmou que o país possui um dos mais amplos controles de constitucionalidade do mundo, de modo que existe sempre a possibilidade de se examinar eventual extrapolação dos ditames constitucionais, ainda que em âmbito estadual. O Ministro Marco Aurélio, também nesse diapasão, asseverou que há que se estabelecer uma distinção "entre o instituto da Medida Provisória e os possíveis desvios de conduta que ocorram tendo em vista esse mesmo instituto".

Único voto vencido, o Ministro Carlos Velloso votou pela inconstitucionalidade das medidas provisórias estaduais. Alegou, em síntese, que o princípio da simetria, *in casu*, seria suplantado por "outro princípio maior [...]: aquele segundo o qual a função legislativa é exercida pelo Poder Legislativo e só mediante autorização expressa é que pode ser exercido pelo Poder Executivo".

A despeito do icônico julgamento da ADI 425-5, o STF também se manifestou favoravelmente às medidas provisórias estaduais em outra oportunidade. Em voto da lavra da então Ministra Ellen Gracie, proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.391-8, ficou consignado quanto à referida competência:

> Adoção de Medida Provisória por Estado-membro. Possibilidade. Artigos 62 e 84, XXVI da Constituição Federal. [...] Processo Le-

> gislativo Previsto na Constituição Federal. Inexistência de Vedação Expressa quanto às Medidas Provisórias. Necessidade de Previsão no Texto da Carta Estadual e da Estrita Observância dos Princípios e Limitações Impostas pelo Modelo Federal. (BRASIL, 2006)

Existe, pois, um forte indicativo jurisprudencial favorável à edição de medidas provisórias municipais. A Corte Constitucional brasileira deixou claro seu posicionamento acerca da edição de MP estaduais, permitindo interpretação ampliativa no sentido de autorizar, também, as municipais.

1.2. DA VIABILIDADE DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS MUNICIPAIS

As medidas provisórias devem ser tidas como mais uma opção legislativa imediata, diante da falência do Parlamento como legislador. O município também faz jus ao usufruto do referido provimento, dado que não apenas a União sofre com a letargia parlamentar.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2002, p. 14), sobre a inércia do Legislativo, afirma categoricamente:

> É notório que os Parlamentos não dão conta das "necessidades" legislativas dos Estados contemporâneos; não conseguem, a tempo e a hora, gerar as leis que os governos reclamam, que os grupos de pressão solicitam. As normas que tradicionalmente pautam o seu trabalho dão – é certo – ensejo a delongas, oportunidade a manobras e retardamentos. Com isso, os projetos se acumulam e atrasam.

Reconhecer a possibilidade de edição de MP municipais é, portanto, dar às municipalidades a oportunidade de sanar a ineficiência do Poder Legislativo do município. As referidas medidas são plenamente viáveis, tendo em vista, fundamentalmente, os princípios da simetria entre os entes federativos e da autonomia municipal.

1.2.1. DO PRINCÍPIO DA SIMETRIA

O cerne da discussão sobre a possibilidade de edição de medidas provisórias pelos Municípios perpassa o princípio da simetria. A despeito de

o texto constitucional se referir apenas ao Presidente da República como autoridade competente para editar MP, há que se ter em vista a ideia constitucional de simetria entre os entes federativos, a qual, por si só, autorizaria os chefes do executivo municipal e estadual a fazê-lo.

Léo Ferreira Leoncy (2011), neste diapasão, assevera:

> Naquilo que União, Estados, Municípios e Distrito Federal têm em comum, e não havendo nada constitucionalmente que os diferencie para efeitos de inviabilizar uma determinada conclusão analógica, não faz sentido trata-los diferentemente. Encontrando-se razões iguais, aplicam- se-lhes as mesmas consequências.

Associando a ideia de simetria entre os entes federativos à possibilidade de edição de MP por estados-membros e municípios, assevera Raul de Mello Franco Júnior (2007):

> O correto uso da MP atende a conveniência do interesse público (demora do processo legislativo ordinário em casos de relevância e urgência) e pode funcionar como elemento de equilíbrio dos poderes (*checks and balances*). Nada justifica, pois, que tais benefícios sejam negados às demais esferas, dotadas de autonomia equivalente à da União (princípio da simetria).

Com efeito, o princípio da simetria certamente autoriza a edição de medidas provisórias municipais. Os municípios ganharam *status* de ente federativo autônomo no texto constitucional de 1988 e, portanto, fazem jus às mesmas possibilidades legislativas concedidas aos demais entes federativos.

1.2.2. DA AUTONOMIA MUNICIPAL

Como dito, a Constituição de 1988 consagrou os municípios brasileiros como verdadeiros entes federativos, dotados de autogoverno, auto legislação e autoadministração. Portanto, não existe, ao menos em tese, uma estrutura hierárquica em que a União se sobreponha aos estados-membros e estes aos municípios. Os três se encontram em um mesmo

patamar, onde existe somente uma divisão de competências, tendo em vista a lógica administrativa.

Certo é, então, que os municípios são entidades autônomas na federação brasileira e, sendo assim, podem se utilizar dos mesmos mecanismos que dispõem os demais entes para, então, poder atender às suas especificidades. O princípio da autonomia municipal pode, pois, ser subentendido da própria Constituição Federal e é verdadeiro consectário do princípio da simetria dos entes federativos.

Segundo o escólio de José Afonso da Silva (2005, p. 656), a autonomia municipal se reafirma e se ramifica em quatro vertentes: a autonomia política (capacidades de auto-organização e de governo); autonomia normativa (capacidade de editar leis próprias sobre matéria de sua competência); autonomia administrativa (administração própria e organização dos serviços locais); e autonomia financeira (capacidade de decretação de seus tributos e aplicação de suas rendas, que é uma característica da autoadministração).

Tomando-se, pois, os municípios como entes autônomos e simétricos em relação à União e Estados-membros, tem-se como consequência lógica a possibilidade de edição de medidas provisórias em âmbito municipal. A despeito de a Constituição se referir apenas ao Presidente da República como autoridade competente para editar as MP, é plenamente possível e legítimo que também o Prefeito municipal possa fazê-lo.

As medidas provisórias podem ser utilizadas nos casos em que se exige uma prestação legislativa urgente. Com efeito, não somente a União lida com situações relevantes que exigem legislação imediata. Os Municípios, em várias oportunidades, também se deparam com acontecimentos e conjecturas que exigem uma ação imperativa e rápida, de modo que não poderiam aguardar o trâmite do regular processo legislativo.

Sobressalta, então, a ideia de interesse local, aquele que diz respeito às particularidades da municipalidade e que não pode ser conhecido mais profundamente senão pelo próprio município. A Constituição, portanto, adota como critério para definição das competências municipais a noção de interesse local. Este, segundo preleciona Regina Maria Macedo Nery Ferrari (1994, p. 39), seria "aquele ligado de forma direta e imediata à sociedade municipal e cujo atendimento não pode ficar na dependência de autoridades distantes do grupo, que não vivem os problemas locais".

Medidas Provisórias municipais podem ser tidas, pois, como mais uma forma de prestigiar as idiossincrasias locais. A MP municipal, editada pelo alcaide, serviria como forma de atender a situação relevante e urgente que se impusesse diante das peculiaridades da municipalidade.

Afirma Raul de Mello Franco Júnior (2007), de forma elucidativa:

> [...] não há óbice constitucional ao exercício da autonomia legislativa municipal através de medidas provisórias. Negar tal poder aos Municípios equivaleria a apequenar a sua autonomia, impondo-lhe restrição que o próprio constituinte não fixou. Nota-se que os Municípios, perante a Constituição vigente, podem até mesmo, no que couber, suplementar a legislação estadual e a legislação federal (art. 30, inc. II, CF), o que bem evidencia a densidade e a importância desta sua autonomia.

Com efeito, as ideias de simetria e autonomia municipal servem de fundamento lógico à aceitação das medidas provisórias municipais. O Município deve possuir a prerrogativa de editar MP, na medida em que não pode ser privado de se utilizar dos mesmos procedimentos legislativos previstos constitucionalmente para a União e Estados-membros, seus pares. Além disso, as municipalidades também convivem com situações excepcionais que, muitas vezes, exigem uma providência legislativa imediata, de modo que as MP municipais podem se tornar uma alternativa.

1.2.3. DA INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DOS ARTIGOS 62 E 25, §2º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Em um primeiro momento, tendo em vista as noções de princípio da simetria entre os entes federados, bem como a de autonomia municipal, há que se ter em conta que o artigo 62 da Constituição, que concede ao Presidente da República a faculdade de edição de Medidas Provisórias, deve ser interpretado de forma a abarcar também os governadores e prefeitos.

Por todo o já exposto, tal interpretação ampliativa se mostra, inclusive, lógica. A essência autorizadora das MP, qual seja, situações relevantes que reclamem providências urgentes, não é enfrentada exclusivamente no

âmbito da União. Os estados-membros e municípios também têm de lidar rotineiramente com casos que preenchem os requisitos constitucionais das medidas provisórias. Ademais, outro ponto interessante a ser explorado é a ideia de que a própria Constituição dá indícios da possibilidade de edição de MP pelos Estados- membros e Municípios, apesar de não dispor expressamente sobre o tema. O artigo 25, em seu §2º, dispõe que "cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação".

Ora, se existe ressalva expressa proibindo os estados-membros de regulamentarem a exploração de gás canalizado mediante medida provisória, subentende-se que os estados- membros poderiam editar MP em outras situações. Retomando-se o julgamento da ADI 425-5, tem-se que para nove dos dez ministros que tiveram a oportunidade de analisar a ação, prevaleceu o argumento de que a Constituição, no mencionado artigo 25, §2º, teria concedido implicitamente aos governadores a faculdade de editar medidas provisórias sobre outras matérias que não a proibida no referido dispositivo.

Dando seguimento ao raciocínio consagrado pelo STF, chega-se, portanto, à conclusão de que, se os estados-membros poderiam editar medidas provisórias, também o poderiam os Municípios. Aqui, ter-se-ia apenas uma continuidade da ideia defendida no julgamento da ADI 425-5, uma interpretação extensiva fundamentada no princípio da simetria entre os entes federativos.

1.2.4. DA INEXISTÊNCIA DE QUALQUER PROIBIÇÃO NO TEXTO CONSTITUCIONAL

A Constituição de 1967 trouxe consigo o instituto do decreto-lei, antecedente histórico das atuais medidas provisórias. Naquele texto constitucional havia expressa proibição no sentido de que as Constituições estaduais não poderiam prever a possibilidade de edição de MP no âmbito dos estados-membros. É o que previa o artigo 188, parágrafo único: "As Constituições dos Estados poderão adotar o regime de leis delegadas, proibidos os decretos-leis". Com efeito, na Constituição Federal de 1988 desapareceu a figura do decreto-lei e, em seu lugar, surgiu o novo ins-

tituto da medida provisória. Contudo, a nova Carta não trouxe em seu bojo quaisquer vedações à edição de MP por governadores ou prefeitos. No texto constitucional anterior havia expressa proibição e no atual, no entanto, não foi estabelecida qualquer limitação nesse sentido.

Alexandre de Moraes, neste diapasão, assevera que "diferentemente da Constituição anterior, que proibia expressamente a adoção pelos Estados-membros dos decretos-lei, esta (CRFB/88) silencia a respeito".

Em sentido idêntico, Moacyr de Araújo Nunes e Ivan Barbosa Rigolin (2003, p. 313):

> Como a Constituição Federal não vedou aos Estados-membros e Municípios a utilização de tais medidas, não temos receio em afirmar que elas poderão ser adotadas no âmbito do Município. Aliás, nem as Constituições Estaduais e tampouco as próprias Leis Orgânicas Municipais poderão pretender que a sua adoção seja limitada, haja vista que se trata de um mecanismo integrante do processo legislativo, segundo o qual os Estados-membros e Municípios estão submissos à sua observância.

Dessa forma, uma interpretação histórica conduz à dedução de que o constituinte não teve a intenção de proibir a edição de medidas provisórias por estados e municípios. Fosse outro seu entendimento, teria deixado ressalva expressa, nos moldes trazidos pela Constituição de 1967.

2. AS MEDIDAS PROVISÓRIAS COMO INSTRUMENTO DE GOVERNANÇA E GESTÃO PÚBLICAPÍTULO

2.1. DA VULNERABILIDADE DOS MUNICÍPIOS DENTRO DO SISTEMA FEDERALISTA

A Constituição Federal Brasileira consagra um verdadeiro federalismo municipalista no país. O Brasil é o único Estado no mundo a possuir três níveis federativos, a saber: a União, os Estados e os Municípios. As municipalidades receberam *status* de ente federativo autônomo, segundo se depreende do artigo 18 do diploma constitucional. Dessa forma, ao menos em tese, o constituinte buscou forçar a descentralização das políticas públicas, geralmente concentradas em mãos do governo federal

e estadual, bem como fortemente dependentes de alianças partidárias e políticas. Inegável, portanto, que a proposta constitucional é inovadora e tem grandes méritos, na medida em que intentou valorizar as necessidades locais, atribuindo autonomia e maior poder aos Municípios.

Contudo, segundo a Teoria Tridimensional de Miguel Reale, o Direito deve ser analisado sob três prismas: o fato, o valor e a norma. Partindo-se dessa premissa, tem-se que, embora a Constituição expresse a autonomia municipal, a realidade fática, muitas vezes, ainda revela o contrário. Ou seja, apesar de a norma apontar para um determinado sentido, há que se ter em conta, também o fato, o que ocorre efetivamente na prática, bem como a carga valorativa que carrega o dispositivo constitucional.

Assevera Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2002, p. 1), lembrando o escólio de Miguel Reale:

> Todavia, Direito não é só norma. É também, como ensina o mestre Miguel Reale, fato e valor. Destarte, um estudo jurídico não se completa se ficar na exegese das normas, se não integrar nessa tarefa primordial a verificação da realidade e a identificação dos valores a inscrever.

A realidade da grande maioria dos Municípios brasileiros não é, pois, a autonomia consagrada constitucionalmente. Aqueles se veem fragilizados dentro do sistema federativo; muitas vezes, apesar da "autonomia financeira" a eles conferida, precisam esmolar verbas junto aos demais entes, ficando, assim, subjugados e dependentes.

Aspásia Brasileiro Alcântara Camargo (2003, p. 42), sobre as disparidades regionais brasileiras e desigualdade entre os entes federativos, afirma:

> O mais grave e persistente problema do federalismo brasileiro é a sua natureza assimétrica, configurando fortes desigualdades espaciais e regionais. [...] Quanto aos municípios, o processo assimétrico agrava-se ainda mais, tendo em vista que mais de 80% deles não geram praticamente nenhuma renda própria e, o que é pior, acima deles, metade dos estados é tão pobre que tampouco é capaz de fazê-lo, vivendo de subsídios do governo federal. É preciso, nesses casos, aplicar o princípio da subsidiariedade, que exige a participa-

> ção ativa do ente superior quando, em nível inferior, o município e os estados são desprovidos de recursos e meios.

O que se nota é que as relações entre os entes federativos se resumem, muitas vezes, a um "balcão de clientelas políticas" (CAMARGO, 2003, p. 42). Os Municípios têm sua autonomia reprimida e ficam subordinados aos entes federativos "superiores", de modo que as verbas, na grande maioria dos casos, são conquistadas mediante barganha e devido a alianças políticas.

2.2. DA MEDIDA PROVISÓRIA MUNICIPAL COMO RECURSO DE GESTÃO

Está em andamento, no Brasil, uma progressiva reforma nas instituições de governo local, motivada pelo declínio das instituições políticas de representação e decisão, centralizadas nas esferas de governo nacional, atualmente incapazes de reagir satisfatoriamente ao momento econômico, social e político no qual se insere o país (SANTOS JÚNIOR, 2001, p. 227). O poder municipal surge, então, como ente mais próximo da sua população, de modo que conhece de perto as mazelas e necessidades daquela. Muitas vezes, porém, o Município se vê limitado por fatores de ordem econômica e administrativa, não conseguindo, em muitos casos, agir em prol de sua própria infraestrutura e desenvolvimento.

Desta feita, apesar de a autonomia municipal estar consagrada no texto constitucional, muitas vezes, não é sentida na realidade. Principalmente no que toca ao aspecto financeiro, boa parte das municipalidades encontram dificuldades para conseguir verbas necessárias e urgentes, de maneira que apelam à barganha política, desvirtuando a ideia de autonomia financeira municipal.

O professor Dalmo de Abreu Dallari (in NUNES; RIGOLIN, 2003, p. 328), no mesmo sentido, assevera:

> Por esse motivo a autonomia municipal, embora afirmada em todas as Constituições republicanas, até mesmo nas cartas decretadas por governos ditatoriais, não chegou a concretizar-se na prática. O vício da dependência, agravado pelo comodismo dos governantes

> municipais, que, no Executivo e no Legislativo, têm preferido a barganha política à posição de luta pela autonomia, tem facilitado a manutenção da dependência. [...]
>
> Na verdade, os únicos limites que o constituinte municipal deve observar são aqueles apontados na Constituição Federal, especialmente no art. 29: os princípios e as disposições da própria Constituição brasileira e os princípios da Constituição do Estado em que se localizar o Município. Respeitados esses limites, o constituinte municipal pode e deve procurar exaurir todas as competências previstas no art. 30 da Constituição Federal e as que decorrem do sistema constitucional. Esse é o caminho para a efetivação da autonomia municipal, sepultando na história o Regimento das Câmaras.

Nesse contexto, a Medida Provisória Municipal pode ser tida como mais um instrumento de gestão e reafirmação da autonomia municipal, servindo de ferramenta à execução de projetos urgentes e fundamentais à boa administração do município.

As MP municipais poderiam ser utilizadas, por exemplo, para a abertura de crédito extraordinário, em casos de calamidade pública. Acontece que, na ocorrência de algum desastre natural grave, que ponha em risco muitas pessoas, a maioria dos Municípios não possui os meios necessários para agir imediatamente. A urgência exigida pela situação se depara com os entraves formais e burocráticos, bem como com a dependência financeira da União e Estado-membro.

Os créditos adicionais extraordinários destinam-se a atender despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública. São, pois, abertos mediante edição de medida provisória e submetidos imediatamente ao Poder Legislativo, conforme se pode depreender da análise do artigo 167, §3º, c/c art. 62, todos da Constituição Federal (BRASIL, 1988):

> Art. 167 - São vedados: [...]
>
> § 2° - Os créditos especiais e extraordinários terão vigência no exercício financeiro em que forem autorizados, salvo se o ato de autorização for promulgado nos últimos quatro meses daquele exercício, caso em que, reabertos nos limites de seus saldos,

> serão incorporados ao orçamento do exercício financeiro subsequente.
>
> § 3° - A abertura de crédito extraordinário somente será admitida para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública, observado o disposto no art. 62.

Com efeito, tome-se o exemplo de um Município atingido por uma forte tempestade, de modo que teve comprometidos seus serviços mais básicos, como transporte, saúde, água, luz e telefone. Diante de tal situação, poderia o prefeito, após decretado estado de calamidade pública, editar medida provisória com o fito de abrir crédito extraordinário, a fim de buscar recursos imediatos para restabelecer o bem-estar da população o mais rápido possível.

Insta salientar também que, na hipótese analisada, poderia também o alcaide decretar o estado de calamidade pública através de medida provisória e, no mesmo instrumento, determinar a abertura de crédito extraordinário. Seria, inclusive, uma forma de agilizar ainda mais o procedimento, consagrando-se, mais uma vez, o requisito constitucional da urgência.

A medida provisória municipal, então, não se justifica somente pela observância da simetria entre os entes federativos, ela carrega consigo, portanto, verdadeira utilidade prática imediata. É instrumento essencial para a governança municipal, na medida em que permite ao prefeito agir rapidamente em casos relevantes que exijam atitudes urgentes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa procurou, portanto, perquirir da possibilidade de os Municípios brasileiros editarem medidas provisórias, tendo em vista as opiniões doutrinárias, determinações judiciais e, principalmente, o Direito Constitucional brasileiro e seus princípios. Ademais, buscou-se estabelecer os contornos em que as possíveis MP se dariam.

Em um primeiro momento, fez-se uma análise histórica do instituto da medida provisória, demonstrando-se suas raízes no Direito Italiano e, também, nos decretos-leis da Constituição de 1967. No entanto, apesar de inspirada nos referidos provimentos, a medida provisória guarda carac-

terísticas próprias, coadunando-se com o Estado Democrático de Direito e suas diretrizes. Após, delimitou-se a natureza jurídica e disciplina constitucional das MP, concluindo-se pelo caráter legislatório daquelas. Desta maneira, estabeleceu-se as premissas de que a medida provisória tem força de lei e encontra-se entre as possibilidades legislativas previstas no texto constitucional.

Adentrando-se o mérito das medidas provisórias municipais propriamente ditas, foi trazido à baila o icônico julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 425- 5, no qual o Supremo Tribunal Federal concluiu pela possibilidade de os estados-membros preverem, em suas próprias constituições, as MP. Desta feita, utilizando-se de uma interpretação extensiva, foi possível se obter um primeiro indicativo da viabilidade das medidas provisórias municipais.

Com efeito, as medidas provisórias representam função atípica do Executivo, no entanto são provenientes de um comando constitucional que permite expressamente e justificadamente a edição de MP pelo Presidente da República; sendo assim, tomando-se por fundamento o princípio da simetria entre os entes federativos, tem- se que a permissão constitucional deve ser estendida aos prefeitos e governadores.

A medida provisória municipal se mostra, também, como interessante instrumento de gestão. A maioria das municipalidades brasileiras, apesar de constitucionalmente autônomas, têm de lidar com a dependência financeira em relação aos Estados-membros e União. Os recursos são escassos e se tornam, assim, um verdadeiro entrave ao desenvolvimento e à própria administração. Em casos extraordinários, muitas vezes, o Município se vê surpreendido e tem de barganhar apoio junto aos demais entes federativos. Dessa maneira, a medida provisória surge como uma forma de reafirmar a autonomia municipal consagrada na Constituição de 1988, servindo, por exemplo, como ferramenta de captação de recursos urgentes quando da ocorrência de situações extremas, como no caso de abertura de créditos extraordinários.

Com efeito, plenamente admissível a previsão de medidas provisórias nas Leis Orgânicas Municipais. Tendo em vista as disposições constitucionais, bem como os princípios da simetria entre os entes federativos e da autonomia dos Municípios brasileiros, as MP municipais podem, certamente, serem tidas como constitucionais, tomando a forma de uma ferra-

menta de gestão pública eficaz que, de forma alguma, causa desequilíbrio aos *checks and balances* – ao contrário, reforça-os.

REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo. **O decreto-lei na Constituição de 1967**. In: TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao67.htm>.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 425-5**. Requerente: Partido do Movimento Democrático Brasileiro. Requeridos: Assembleia Legislativa do Estado do Tocantins e outro. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 04/09/2002. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266350>.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.391-8**. Requerente: Partido dos Trabalhadores. Requerida: Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, 16 ago. 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=409746>.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.213.** Requerentes: Partido dos

Trabalhadores e outro. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 04 abr. 2002. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&-docID=347486>.

CAMARGO, Aspásia Brasileiro Alcântara. Atualidade do federalismo: tendências internacionais e experiência brasileira. In: VERGARA, Sylvia Constant; COORRÊA, Vera Lúcia de Almeida (Orgs.). **Propostas para uma gestão pública municipal efetiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu**. Informativo Municipalista**. In: NUNES, Moacyr de Araújo; RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Medidas Provisórias: adoção por estados e municípios. Fim da polêmica: STF decidiu quem vai editar**. Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, São Bernardo do Campo, n. 9, 2003. Disponível em: <http://www.acopesp.org.br/artigos/artigos_2004/MEDIDAS%20PROVISORIA- MOACYR-IVAN-.htm>.

DOS SANTOS JUNIOR, Orlando Alves. **DEMOCRACIA E GOVERNO LOCAL: Dilemas da reforma municipal no Brasil**. Observatório IPPUR/UFRJ-FASE, 2001.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Controle da constitucionalidade das leis municipais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FRANCO JÚNIOR, Raul de Mello. **Medidas provisórias editadas por Estados, Distrito Federal e Municípios**. Disponível em: <http://www.raul.pro.br/artigos/mp- est.htm>

GONÇALVES, Marcos Flávio. **O vereador e a câmara municipal**. 4. ed. Rio de Janeiro: IBAM, 2014. Disponível em: <http://www.ibam.org.br/media/arquivos/estudos/vereador_4aed.pdf>.

LEONCY, Léo Ferreira. **"Princípio da simetria" e argumento analógico – o uso da anaogia na resolução de questões federeati-**

vas sem solução constitucional evidente. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde- 03092012- 143741/pt-br.php>.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 30. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2014.

NUNES, Moacyr de Araújo; RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Medidas Provisórias: adoção por estados e municípios. Fim da polêmica: STF decidiu quem vai editar**. Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, São Bernardo do Campo, n. 9, p. 313-328, 2003. Disponível em: <http://www.acopesp.org.br/artigos/artigos_2004/MEDIDAS%20PROVISORIA-MOACYR-IVAN-.htm>.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 22. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

A IN(EXISTÊNCIA) DE LIMITAÇÃO TEMPORAL PARA A CELEBRAÇÃO DOS ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEIS

Flávia Baracho Lotti Campos de Souza[84]

INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.964/19 – Pacote Anticrime, ao alterar o art. 17, §1º da Lei nº 8.429/92 – Lei de Improbidade Administrativa, permitiu a realização de acordos nas hipóteses de improbidade administrativa, instituindo o acordo de não persecução cível (BRASIL, 2019). Trata-se de um avanço no sistema jurídico-legal de combate à corrupção, que já previa outros meios de solução consensual de conflitos, tais como os acordos de leniência e a delação premiada (FREITAS; GREGÓRIO; SOUZA, 2020).

A previsão dos acordos de não persecução civil nas ações de improbidade administrativa, todavia, carece de regulamentação, tal como exige o texto normativo (ANDRADE, 2020), ainda pairando dúvidas sobre os termos e o período temporal em que admitida a sua realização.

Sobre o marco temporal, o art. 17-A, §2º da Lei de Improbidade que previa a possibilidade de celebração do acordo no curso da improbidade administrativa foi vetado pelo Presidente da República (BRASIL, 1992),

84 Mestre em Direito pela Universidade FUMEC. Pós-graduada em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC MINAS). Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito Processual (GEPRO).

tendo permanecido apenas o art. 17, §10-A, também incluído pela Lei nº 13.964/19:

> § 10-A. Havendo a possibilidade de solução consensual, poderão as partes requerer ao juiz a interrupção do prazo para a contestação, por prazo não superior a 90 (noventa) dias. (BRASIL, 1992).

Assim, questiona-se se a celebração dos acordos estaria limitada ao prazo para a contestação, ou tal como outros acordos firmados com vista ao combate à corrupção – delação premiada e acordo de leniência - poderiam ser realizados em qualquer momento do processo judicial.

Este artigo tem, pois, como objetivo, a partir de uma pesquisa bibliográfica, da vertente dogmático-jurídica, por meio de livros, artigos científicos, teses e dissertações, além da jurisprudência recente do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, utilizando-se do método dedutivo e como referenciais teóricos o postulado da proporcionalidade de Humberto Ávila (ÁVILA, 2018) e a teoria do diálogo das fontes de Erik Jayme, trazido ao Brasil por Cláudia Lima Marques (MARQUES, 2012), demonstrar que é possível realizar os acordos de não persecução cíveis em qualquer fase do processo judicial.

Para tanto, buscar-se-á discorrer sobre a previsão normativa dos acordos nas ações de improbidade administrativa e seu limite temporal; apontar os outros métodos de solução consensual de conflito existentes no ordenamento jurídico brasileiro para o combate à corrupção; apresentar o postulado da proporcionalidade e a teoria do diálogo das fontes como forma de solução das incoerências normativas nos acordos de não persecução cível; para, ao final, concluir pela possibilidade de realização dos acordos de não persecução cível em qualquer das fases processuais.

1. OS ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A Lei nº 13.964/19, conhecida como Pacote Anticrime, cuja vigência teve início em 23 de janeiro de 2020, além de aperfeiçoar a legislação penal e processual penal, alterou o art. 17, §1º da Lei nº 8.429/92 – Lei de

Improbidade Administrativa, para admitir a celebração de acordo de não persecução cível (BRASIL, 2019).

> Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.
>
> § 1º As ações de que trata este artigo admitem a celebração de acordo de não persecução cível, nos termos desta Lei.

Esta alteração foi de suma importância para que acordos passassem a ser legitimados também no âmbito da improbidade administrativa, permitindo de forma mais ágil o ressarcimento do erário, privilegiando a solução consensual de conflitos, tal como preconiza o Código de Processo Civil de 2015 – CPC/15.

Nos termos do art. 3º, §§2º e 3º do CPC/15, deve-se buscar a solução consensual de conflitos, exigindo-se também do Estado, sempre que possível, esta postura (BRASIL, 2015). Não obstante, a previsão normativa que admitiu a possibilidade de celebração de acordos de não persecução cível carece de regulamentação. O art. 17-A e parágrafos foram vetados pelo Presidente da República, inclusive aquele que permitia a sua realização no curso do processo (DIAS; SOUZA, 2021).

Segundo a justificativa de veto, tal previsão deixaria de atender aos propósitos do instrumento de resolução consensual de conflito – reparação mais célere e desafogamento do Judiciário, pois permitiria ao infrator continuar litigando judicialmente e depois, caso desejasse, optar pela transação judicial (DIAS; SOUZA, 2021; BRASIL, 2019). Desse modo, a partir da interpretação literal das normas e das vedações ocorridas, extrai-se que a alteração legislativa pouco mudou o entendimento antes existente de que a vedação legal à celebração de acordos nas improbidades administrativas se restringia a fase judicial e não durante a fase extrajudicial (FERRAZ, 2019). Em verdade, a alteração legislativa acresceu:

> § 10-A. Havendo a possibilidade de solução consensual, poderão as partes requerer ao juiz a interrupção do prazo para a contestação, por prazo não superior a 90 (noventa) dias. (BRASIL, 2019).

A norma, em interpretação literal, permitiu, portanto, a celebração dos acordos de não persecução civil, como o próprio nome sugere, em momento anterior ao procedimento principal da ação de improbidade, ou seja, durante o inquérito civil ou durante o juízo prévio de admissibilidade da petição inicial, para evitar o desfecho judicial na solução da controvérsia (FREITAS; SOUZA, 2020; DIAS; SOUZA, 2021), estendendo a possibilidade de realização apenas até a fase da contestação, nos termos do art. 17, §10-A, conforme já decidido pelo STJ em decisão monocrática proferida no PET interposta no AREsp 1.611.266-SP (BRASIL, 2020).

Não obstante, pretende-se com este artigo demonstrar que a previsão normativa é incompatível com a natureza jurídica do instituto e contraditório às outras normas existentes no combate à corrupção.

2. O ACORDO DE LENIÊNCIA E A DELAÇÃO PREMIADA: OUTROS MÉTODOS DE SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS NO COMBATE À CORRUPÇÃO

Há vários métodos alternativos de solução consensual de conflitos no combate à corrupção, previstos em fontes normativas espalhadas pelo ordenamento jurídico que, dentre outros assuntos, regulam e disciplinam as consequências jurídicas à prática de atos ímprobos e que afrontam a moralidade administrativa.

Ressalta-se que a terminologia adotada de "métodos alternativos" condiz com a não obrigatoriedade e a faculdade garantida às partes para a realização do acordo, como meio de combate à corrupção em contraposição à clássica solução judicial de conflitos.

2.1. ACORDO DE LENIÊNCIA

O acordo de leniência foi instituído pela Lei Anticorrupção que dispôs sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, tornando-se um dos principais instrumentos cíveis de combate à corrupção administrativa praticado por pessoas jurídicas contra a Administração Pública, ainda que sem a participação de um agente público.

Um dos grandes diferenciais e avanços desta Lei foi a possibilidade de responsabilizar as pessoas jurídicas, de forma autônoma, sem que fosse preciso identificar direta ou indiretamente um agente público concorrentemente na prática do ato corruptivo, hipótese já tratada pela Lei de Improbidade Administrativa (BRASIL, 2017).

> Até a edição da Lei Anticorrupção, as pessoas jurídicas que praticavam atos lesivos à administração pública eram responsabilizadas por meio da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa, isso com base no já mencionado art. 3º, que determina sua aplicação aos beneficiários dos atos considerados ímprobos. No cotidiano forense, é recorrente a inclusão de empresas no polo passivo de ações de improbidade ajuizadas pelo Ministério Público, prática referendada pela jurisprudência, mesmo havendo que se reconhecer que a lei em questão não foi pensada para ter aplicação aos particulares. (PINTO, 2016, p. 9).

Trata-se de um acordo celebrado entre a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública e a pessoa jurídica responsável pelo ilícito, cujo objetivo é o ressarcimento mais célere do erário e cessassão da ilegalidade, beneficiando o acordante em contrapartida à colaboração efetiva com as investigações e o processo administrativo, através da identificação dos demais envolvidos, quando houver, e no fornecimento das provas da infração (BRASIL, 2013).

> Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte:
>
> I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e
>
> II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.
>
> § 1º O acordo de que trata o caput somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

> I – a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito;
>
> II – a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo;
>
> III – a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento (BRASIL, 2013).

Assim, "o acordo de leniência surge como um instrumento com a característica de desestabilizar as relações de confiança, de segurança e sigilo que envolve os pactos de corruptos e corruptores, bem como daqueles que se unem para fraudar licitações e contratos públicos [...]", permitindo uma atuação mais eficiente do Estado frente aos seus problemas (MACHADO, 2017, p. 104). É tratado pela Lei como ato discricionário, não gerando qualquer direito subjetivo aos interessados para com a sua celebração, cabendo ao órgão competente analisar a conveniência de fazê-lo para o interesse público, quando as informações prestadas pelo colaborador pouco podem contribuir com as investigações do ilícito (LANE, 2020).

Uma vez atendidos os requisitos dispostos em Lei e optado pela celebração do acordo de leniência, a pessoa jurídica ficará isenta da publicação extraordinária da decisão condenatória e da 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, e terá reduzida em até 2/3 (dois terços) o valor da multa a lhe ser aplicável, que varia entre 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, ou não sendo possível mensurar, entre R$ 6.000,00 (seis mil reais) a R$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais) (BRASIL, 2013; DIAS; SOUZA, 2021).

O grande problema desses acordos são os chamados efeitos transversais (LANE, 2020), ao passo que, nos termos do art. 30 da Lei Anticorrupção, sua realização não obsta que a mesma pessoa jurídica ou seus dirigentes, pessoas físicas, sejam responsabilizados criminal ou civilmente, como nas hipóteses de improbidade administrativa (BRASIL, 2013).

Tal regra impede a incidência do princípio do *non bis in idem*, capaz de afastar as punições previstas na Lei de Improbidade Administrativa pelos mesmos fatos tratados na especificidade da Lei Anticorrupção (PINTO, 2016). Assim, o receio de serem demandados em outras esferas jurídicas, com aplicação da mesma sanção que porventura lhe foram isentos, torna desestimulante para as pessoas jurídicas e seus sócios/administradores colaborarem com as investigações do poder público, impedindo que o acordo de leniência seja utilizado como se esperava para o combate à corrupção (MACHADO, 2017).

Uma das sanções aplicáveis nas ações de improbidade administrativa, previstas no art. 12 da Lei nº 8.429/92 é exatamente a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário (BRASIL, 1992).

Outra crítica apontada por Cunha Filho e que desmotiva a realização do acordo de leniência é a falta de exigência de participação do Ministério Público na tratativa, não lhe permitindo ser afetado pelos seus termos (CUNHA FILHO, 2017, p. 316). Isso porque, como legitimado ativo das ações de improbidade, pode se valer das informações lá coletadas para ajuizar a respectiva demanda civil, seja dentro do próprio procedimento da Lei Anticorrupção ou pela Lei de Improbidade Administrativa.

A legitimidade do Ministério Público para celebrar os acordos de leniência, embora não prevista expressamente na Lei Anticorrupção, é defendida pelo próprio órgão, exatamente para impedir esse tipo de desalinhamento que enfraquece e desestimula a realização dos acordos pelas pessoas jurídicas e colaboradores envolvidos.

A despeito dessas questões, o acordo de leniência surgiu como marco para a responsabilização das pessoas jurídicas que praticam atos ilícitos contra a Administração Pública, tornando-se forte instrumento de combate à corrupção.

2.2. DELAÇÃO PREMIADA

A delação ou colaboração premiada é instrumento jurídico de negociação utilizada no âmbito penal, com objetivo de desvelar um crime ou fato a ele relacionado, em contrapartida a um benefício concedido ao

delator. Consiste em um negócio jurídico processual bilateral, com previsão em diversos instrumentos legislativos, mas que ganhou especial importância a partir de sua regulamentação no art. 3º-A e seguintes da Lei das Organizações Criminosas, celebrado entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor, ou entre o delegado de polícia, com a manifestação do Ministério Público (BRASIL, 2013).

Busca-se pela delação premiada obter provas capazes de desvendar o crime organizado, ao passo que para o delator, transforma-se em estratégia de defesa visando melhorar a situação negativa em que se encontra (MENDONÇA, 2017), afinal, ao infrator será possível lhe ser concedido desde o perdão judicial, até a redução em até dois terços da pena privativa de liberdade ou sua substituição por pena restritiva de direito (BRASIL, 2013).

Para tanto, nos termos do art. 4º da Lei n.º 12.850/13, exige-se do delator a colaboração efetiva na investigação ou processo criminal, a fim de o Estado obter, a identificação dos coautores ou partícipes e das infrações penais praticadas; a revelação de sua estrutura e divisão de tarefas; a prevenção de infrações decorrentes das atividades da organização criminosa; até a recuperação total ou parcial do produto ou proveito obtido com o crime ou a localização de eventual vítima, com integridade preservada (BRASIL, 2013).

Refuta-se a crítica ao instituto quanto à traição ou deslealdade do delator, já que basta informar a localização da vítima, por exemplo, para que obtenha os benefícios da delação, sem que precise deltar os comparsas do crime. Ainda, não se trata de instrumento coercitivo do Estado, porque pressupõe para a sua celebração a voluntariedade do colaborador (CUNHA FILHO, 2017).

Quanto ao momento de formalização, tem-se que pode ser realizado a qualquer tempo, seja na fase de investigação ou durante o processo judicial, inclusive na fase recursal, conforme se extrai do art. 4º, §5º da Lei, reduzindo a pena já imposta até pela metade ou concedida a progressão de regime, em sede de execução penal.

Além dos benefícios penais, admite-se a concessão de outros benefícios, tal como a suspensão de processos e investigações, desde que não proibidos ou contrários à Lei (MENDONÇA, 2017).

3. A APLICAÇÃO DO POSTULADO DA PROPORCIONALIDADE E DA TEORIA DO DIÁLOGO DAS FONTES PARA A SOLUÇÃO DA INCOERÊNCIA NORMATIVA EXISTENTE NOS ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL

Sejam os adeptos a uma concepção mais moderna do direito administrativo ou os mais tradicionalistas, todos defendem que a supremacia do interesse público não é absoluta, mas deve ser ponderada e analisada no caso concreto, a partir da proporcionalidade e da razoabilidade, de forma a assegurar o núcleo essencial dos direitos fundamentais (NOHARA, 2010; SANTOS, 2016).

Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, embora não expressos na Constituição, vêm normatizados no art. 2º da Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito federal, caracterizada a proporcionalidade como a "adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público" (BRASIL, 1999).

Uma norma será tanto quanto razoável se sua generalidade atender às individualidades do caso concreto e se puder ser aplicada em congruência com os fatores externos e empíricos existentes, numa relação de equivalência entre a medida a ser adotada e o critério que a dimensiona (ÁVILA, 2018).

Na esfera administrativa, "a razoabilidade significa a propriedade ou justeza dos motivos que originaram a atuação concreta da Administração. [...] vai se atrelar à congruência lógica entre as situações postas e as decisões administrativas" (PAZZAGLINI FILHO, 2018, p. 37), evitando excessos e medidas desarrazoadas ao necessário para atingir o interesse da coletividade.

Quanto ao princípio da proporcionalidade, ele tem grande relevância jurídica, sendo utilizado como balizador natural dos direitos e garantias fundamentais, encontrando-se nos pressupostos ou subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito a sua definição (FREITAS, 2014).

Sua aplicação depende, basicamente, de uma análise entre o meio ou medida concreta a ser adotada e o fim ou objetivo a ser atingido, numa relação de causalidade. Um meio será adequado, "quando promover minimamente o fim", necessário "quando não houver meios alternativos que possam promover igualmente o fim sem restringir na mesma intensidade os direitos fundamentais afetados" e proporcional "quando o valor da promoção do fim não for proporcional ao desvalor da restrição dos direitos fundamentais." (ÁVILA, 2018, p. 229). Assim, este princípio deve servir como baliza, também no direito administrativo, para que se alcance o interesse público da maneira menos gravosa possível.

> O princípio da proporcionalidade consiste, principalmente, no dever de não serem impostas, aos indivíduos em geral, obrigações, restrições ou sanções em medida superior àquela estritamente necessária ao atendimento do interesse público, segundo critério de razoável adequação dos meios aos fins. (MEDAUAR, 2018, p. 124).

Não se trata de desconsiderar a existência dos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, mas de aplicá-los dentro de uma ordem constitucional na qual todos os direitos fundamentais devem, tanto quanto possível, serem buscados e preservados.

Cumpre relembrar ser direito fundamental do cidadão a boa governança e a condução responsável dos assuntos do Estado pelo governo. Também é direito dos cidadãos uma Administração Pública eficiente, uma tutela jurisdicional efetiva e a duração razoável do processo, consoante art. 5º, *caput*, incisos XXXV, LXXVIII e art. 37, *caput* da CR/88 (BRASIL, 1998). Logo, não seria razoável ou proporcional negar a possibilidade de realização de acordos no curso do processo judicial quando, por meio deles, for possível a satisfação mais célere e eficaz do interesse público no combate à moralidade e no ressarcimento ao erário.

Nem mesmo seria coerente inadmitir esses acordos na esfera cível, quando na esfera administrativa ou penal, o ordenamento jurídico já preveja a tomada de compromisso para o combate à corrupção, como o faz na Lei Anticorrupção (BRASIL, 2013) e na Lei das Organizações Criminosas (BRASIL, 2013).

O ordenamento jurídico, enquanto um conjunto ou complexo de normas existentes em uma sociedade, deve-se apresentar coerente em contraposição às aparentes antinomias normativas existentes, como condição para a justiça do ordenamento (BOBBIO, 1995).

> A coerência não é condição de validade, mas é sempre condição para a justiça do ordenamento. É evidente que quando duas normas contraditórias são ambas válidas, e pode haver indiferentemente a aplicação de uma ou de outra conforme o livre-arbítrio daqueles que são chamados a aplicá-las, são violadas duas exigências fundamentais em que se inspiram ou tendem a inspirar-se os ordenamentos jurídicos: a exigência da certeza (que corresponde ao valor da paz ou da ordem), e a exigência da justiça (que corresponde ao valor da igualdade). (BOBBIO, 1995, p. 113).

E a despeito dos tradicionais métodos de solução de antinomias existentes no nosso ordenamento jurídico – critério cronológico, critérios da especialidade e critério hierárquico -, nem sempre é possível resolver um conflito normativo a partir deles, exigindo-se do intérprete a escolha valorativa entre uma ou outra norma, a depender do caso concreto, ou a aplicação de um ou outro critério para uma solução momentânea, sem que para isso se exclua uma norma do ordenamento (DIAS; SOUZA, 2021).

A teoria do diálogo das fontes de Eric Jayme, por exemplo, busca a aplicação conjunta, coordenada e simultânea de todas as leis ou normas que tratam de um mesmo assunto, ao invesá da simples derroagção da norma, privilegiando os princípios e valores constitucionais, em especial os direitos fundamentais ou direitos humanos (MARQUES, 2012).

> A proposta coordenação das fontes de Eric Jayme é uma coordenação flexível e útil (*effet utile*) das normas em conflito no sistema, a fim de restabelecer a sua coerência e ressaltar os direitos humanos (leitmotiv da teoria de Erik Jayme. Trata-se, em última análise, de uma mudança de paradigma: da retirada simples (revogação) de uma das normas em conflito do sistema jurídico (ou do "monólogo" de uma só norma possível a "comunicar" a solução justa) à convivência dessas normas, ao diálogo das normas para alcançar a sua *ratio*, e a finalidade "narrada" ou "comunicada" em ambas,

> sob a luz da Constituição, se seu sistema de valores e dos direitos humanos em geral. (MARQUES, 2012, p. 29).

Deve-se assim buscar a coerência do ordenamento jurídico a partir de uma ótica constitucional – supremacia constitucional, apliando-se as normas segundo os fundamentos, direito e garantias nela retratados (DIAS; SOUZA, 2021).

> O método do diálogo das fontes parte dessa premissa de realização da Constituição e seu sistema de direitos e garantias fundamentais, oferecendo critérios para a coordenação e coerência da solução do caso. Daí reconhecer, nas situações em que os métodos de interpretação clássicos observam contradição entre normas, em verdade, a sua complementaridade, quando necessária para assegurar a coerência e unidade do ordenamento jurídico. E é nesse aspecto, essencialmente, que representa inovação em face do método clássico de interpretação sistemática. (MIRAGEM, 2012, p. 91).

A teoria do diálogo das fontes, portanto, visa garantir a coerência do sistema a partir da preservação dos direitos fundamentais e valores constitucionais, aplicável também entre leis especiais, ainda que sem permissão expressa, mas como resultado de uma interpretação e aplicação da lei pelo operador do direito (MARQUES, 2012).

> O aplicador do Direito não está condenado a viver isolado em determinada seara jurídica ou a um determinado microssistema, pelo contrário, muitas respostas estão ao seu dispor na amplitude sistêmica do ordenamento jurídico. É preciso compreender que as normas não são inimigas uma das outras, fazem parte de um todo, o ordenamento jurídico, comunicam-se e interagem para dizer o Direito ao caso concreto de forma mais justa e humana possível. (FIGUEIREDO, 2018, p. 02).

Deve-se fomentar a unidade e a harmonia sistêmica do Direito através da comunicação fluida, viva e flexível entre as normas jurídicas, aplicando aquela mais compatível com o caso concreto, sob a ótica dos direitos fundamentais (FIGUEIREDO, 2018).

No âmbito do microssistema de tutela da probidade administrativa, além de propiciar a unidade do ordenamento jurídico, a coerência e harmonia das normas também realiza de forma concreta o combate à corrupção (LANE, 2020), ao possibilitar a proteção do patrimônio público. Por isso, inadmitir os acordos em qualquer de suas fases é desarrazoável, desproporcional e incoerente com o ordenamento jurídico e todas as mudanças advindas ao longo do tempo, que privilegia as resoluções consensuais de conflitos, inclusive em esferas mais gravosas, como no direito penal.

Se a colaboração premiada, instituto previsto na esfera criminal, pode ser adotado a qualquer momento, a celebração dos acordos de não persecuação cível também devem poder, seja porque a Lei de Improbidade integra o microssistema de combate à corrupção, seja porque o que se busca é a proteção efetiva do patrimônio público e da moralidade, ou mesmo porque adoação contrária de entendimento pode gerar a ineficiência dos acordos firmados em outras instâncias (ANDRADE, 2021).

> Nesse cenário de múltipla incidência sancionatória, faz-se necessária uma utilização transversal dos instrumentos de justiça negociada, especialmente por parte do Ministério Público, instituição constitucionalmente vocacionada à defesa do patrimônio público, tanto na esfera criminal quanto na esfera da LIA, sob pena de se promover uma atuação insuficiente na defesa da probidade administrativa. (ANDRADE, 2021)

Acrescenta-se que "o mais importante não é o momento em que o acordo é celebrado, mas sim a efetiva vantagem que ele representa para a tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa em relação à tutela por adjudicação judicial" (ANDRADE, 2021).

A primeira turma do Superior Tribunal de Justiça em acórdão proferido no AREsp 1.314.581-SP, homologou em fase recursal um acordo de não persecuação cível, admitindo sua possibiidade, o gerou inclusive o informativo de jursiprudência nº 686 (BRASIL, 2021). Percebe-se, assim, que a jurisprudência ainda é oscilante quanto à possibilidade de celebração dos acordos de não persecução cível, tornando-se essa questão de suma importância.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O art. 17, §1º da Lei nº 8.429/92, alterado pelo Pacote Anticrime, passou a admitir a celebração de acordos de não persecução nas hipóteses de improbidade administrativa, constituindo um avanço no sistema jurídico-legal de combate à corrupção, que já previa outros meios de solução consensual de conflitos, tais como os acordos de leniência e a delação premiada.

A previsão dos acordos de não persecução civil nas ações de improbidade administrativa carece de regulamentação, surgindo-se dúvidas sobre os termos e o período temporal em que admitida a sua realização. Afinal, o art. 17-A, §2º da Lei de Improbidade que previa a possibilidade de celebração do acordo no curso do processo foi vetado pelo Presidente da República (BRASIL, 1992), tendo permanecido apenas o art. 17, §10-A que estabeleceu a possibilidade de interrupção do prazo de contestação em havendo a possibilidade de solução consensual. Assim, pela interpretação literal dos dispositivos e do veto presidencial, extrai-se que os acordos de não persecução cível são permitidos apenas na fase extrajudicial e até a contestação.

Não obstante, inadmitir sua realização em qualquer fase do processo é ir de encontro à própria natureza jurídica do instituto e à finalidade da norma que é a solução mais célere e efetiva da controvérsia, permitindo de forma mais eficiente a proteção do patrimônio público e da moralidade administrativa.

Além da Lei de Improbidade Administrativa diversos outros diplomas legais, integrantes do microssistema jurídica do combate à corrupção, preveem instrumentos de solução consensual de conflitos, tal como a delação premiada, a ser realizado a qualquer tempo, e o acordo de leniência direcionado às pessoas jurídicas que cometeram ilícitos em face da Administração Pública. Acresça-se que a solução consensual de conflitos deve ser privilegiada, cabendo ao Estado, sempre que possível, buscar sua concretização, tal como exige-se o Código de Processo Civil de 2015 – CPC/15.

Portanto, inadmitir os acordos em qualquer de suas fases é desarrazoável, desproporcional e incoerente com o ordenamento jurídico e todas as mudanças advindas ao longo do tempo, que privilegia as resoluções

consensuais de conflitos, inclusive em esferas mais gravosas, como no direito penal.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Landolfo. **Acordo de não persecução cível**: a polêmica envolvendo o momento para a sua celebração. Genjurídico.com.br. 2021. Disponível em: http://genjuridico.com.br/2021/03/02/celebracao-acordo-nao-persecucao-civel/. Acesso em: 08 abr. 2021.

ANDRADE, Landolfo. **Acordo de não persecução cível**: primeiras reflexões. *In*: Genjurídico.com.br. 2020. Disponível em: http://genjuridico.com.br/2020/03/05/acordo-de-nao-persecucao-civel/. Acesso em: 19 mar. 2021.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 18. ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2018.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 set. 2020.

_____. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm. Acesso em: 26 mar. 2021.

_____. **Lei nº 12.850/13, de 02 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/

ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm. Acesso em: 26 mar. 2021.

_____. **Lei nº 13.105/15, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 19 mar 2021.

_____. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019.** Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm#art20. Acesso em: 08 abr. 2021.

_____. **Lei nº 8.429/92, de 02 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm. Acesso em: 08 abr. 2021.

_____. **Lei nº 9.784/99, 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/l9784.htm. Acesso em: 26 mar. 2021.

_____. Ministério Público Federal. **Nota técnica nº 1 de 2017**. Nota Técnica sobre Acordo de Leniência e seus efeitos, elaborada pela Comissão Permanente de Assessoramento para Acordos de Leniência e Colaboração Premiada, vinculada à 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/nt-01-2017-5ccr-acordo-de-leniencia-comissao-leniencia.pdf. Acesso em: 25 jun. 2020.

_____. Presidência da República. **Mensagem nº 726, de 24 de dezembro de 2019**. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-726.htm. Acesso em: 25 mar. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AREsp 1.314.581**. Rel Ministro Benedito Gonçalves. Primeira Turma. Acórdão julgado em

23 fev 2021. Publicado em 01 mar 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201801487315&dt_publicacao=01/03/2021. Acesso em: 08 abr. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **PET no AREsp 1.611.266/SP**. Rel Ministro Mauro Campbell Marques. Decisão monocrática. Publicada em 23 out 2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisoes/?num_registro=201903253094&dt_publicacao=23/10/2020. Acesso em: 24 mar. 2021.

CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da. Lei nº 12.846/13. Lei Anticorrupção empresarial: considerações sobre o processo como instrumento de controle da administração sancionadora. *In*: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de (Orgs.). **Controle da administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

DIAS, Maria Tereza Fonseca; SOUZA, Flávia Baracho Lotti Campos de. *In*: DIAS, Maria Tereza Fonseca; PEREIRA, Flávio Henrique Unes (coords). **O Direito administrativo social e econômico**: análises de direito comparado. São Paulo: Almedina, 2021. p. 291-310.

FERRAZ, Luciano. **Controle e consensualidade**: fundamentos para o controle consensual da Administração Pública (TAG, TAC, SUSPAD, Acordos de leniência, Acordos substitutivos e instrumentos afins). Belo Horizonte: Fórum, 2019.

FIGUEIREDO. Chrislayne Aparecida Pereira de; FIGUEIREDO, Elízio Lemes de. Diálogo das fontes: harmonização sistêmica, unidade e papel constitucional. **Actio Revista de Estudos Jurídicos**. Maringá, n. 28. v. 1, jan./jun. de 2018.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. **A impostergável reconstrução principiológico-constitucional do processo administrativo disciplinar no Brasil**. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_FreitasSHZ_1.pdf. Acesso em: 28 out. 2020.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandona; GREGÓRIO, Giovanni Galvão Vilaça; SOUZA, Flávia Baracho Lotti Campos de. Os limites materiais dos acordos cíveis nas hipóteses de improbidade administrativa. *In*: SANTIN, Janaína Rigo; CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva (Coords). **Direito administrativo e gestão pública I.** Florianópolis: CONPEDI, 2020. p. 06-150.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandona; SOUZA, Flávia Baracho Lotti Campos de. Os acordos nas ações de improbidade administrativa. **Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos**, v. 6, p. 55-76, 2020.

LANE, Renata. **Acordos no domínio da improbidade administrativa**. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020. Disponível em: https://tede2.pucsp.br/handle/handle/23184. Acesso em: 31 mar. 2021.

MACHADO, Pedro Antônio de Oliveira. **Acordo de leniência e a lei de improbidade administrativa**. Curitiba: Juruá, 2017.

MARQUES, Claudia Lima. **Diálogo das fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *In*: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis (Orgs.). **Colaboração Premiada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 53-104.

MIRAGEM, Bruno. *Eppur si muove*: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro. **Diálogo das fontes:** do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NOHARA, Irene Patrícia. Reflexões críticas acerca da tentativa de desconstrução do sentido da supremacia do interesse público no direito administrativo. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Orgs.). **Supremacia do Interesse Público**

e outros temas relevantes do direito administrativo. São Paulo: Atlas, 2010. p. 120-152.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa comentada**: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal. 7. ed. São Paulo: Grupo Gen, 2018. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597017748/. Acesso em: 28 mar. 2021.

PINTO, José Guilherme Bernan Correa. Direito administrativo consensual, acordo de leniência e ação de improbidade. **Fórum administrativo – FA**. Belo Horizonte, v.16, n.190, p.49-56, dez de 2016. Disponível em: https://www.bmalaw.com.br/arquivos/Artigos/artigo_ibda_jgb.pdf. Acesso em: 27 mar. 2021.

SANTOS, Kleber Bispo dos. **Acordo de leniência na lei de improbidade administrativa e na Lei Anticorrupção**. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016. Disponível em: https://bdtd.ibict.br/vufind/Record/PUC_SP-1_c70167ec3edd58927b08081f612a9bd6. Acesso em: 02 abr. 2021.

GARANTIA DE PARTICIPAÇÃO POPULAR NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UM INCENTIVO AO CONTROLE SOCIAL

Izabel Cristina da Silva[85]

INTRODUÇÃO

O estudo se desenvolve sobre a análise da garantia de participação popular na Administração Pública, delimitando-se a importância de um incentivo ao controle social. Não é uma coisa meramente simples fazer uma definição, em termos operacionais, quanto ao conceito de participação popular na Administração Pública. O sentido de participar tem o significado de fazer uma intervenção em determinado processo de decisão aleatório. No direito público, a participação está vinculada estritamente a se interferir no controle das funções e na realização daquilo que o Estado executa, bem como na própria elaboração do direito positivo.

Nessa perspectiva, tem-se que a participação popular intervindo na Administração Pública, mesmo que de maneira mais específica, remete à possibilidade de o cidadão participar da gerência pública, levando-o à formação de uma vontade geral. Assim, trata-se de uma interferência nos

85 Servidora Pública (Assistente Social), Graduada em Serviço Social e em Direito, Pós-Graduada em: Políticas Públicas e Gestão em Serviço Social / Direito Civil e Processual Civil/ Direito Público/Direito Penal e Processual Penal/Direito Tributário/Auditoria dos Sistemas de Saúde.

procedimentos que regem a função administrativa do Estado, sendo implementada em favor dos interesses coletivos.

Justifica-se que a participação popular está inserida no princípio constitucional, e é o direito do cidadão decidir em conjunto com a administração, opinando a respeito das prioridades e fiscalizando a aplicação dos recursos públicos, podendo assim confirmar, reformular ou até mesmo anular os atos públicos.

Objetiva-se tratar de alguns aspectos legislativos relacionados à participação do cidadão, no que se refere ao compartilhamento de decisões administrativas e políticas, onde o cidadão tem voz ativa, podendo opinar, participando diretamente sobre as tomadas de decisão. Todavia, antes de qualquer coisa, é preciso um amadurecimento da consciência cidadã por parte dos cidadãos e da vinculação do governo com aquilo que se busca democraticamente, além da utilização da transparência na gestão pública, por meio da prática da democracia participava.

Diante de tais premissas, questiona-se de que forma a participação popular na Administração Pública pode ser garantida, tornando-se um incentivo ao controle social?

Através da pesquisa bibliográfica realizada em livros, artigos e literaturas disponíveis relativas ao assunto, pretende-se fortalecer as bases teóricas no que se refere à legalidade do controle da Administração Pública através da participação popular, utilizando-se um estudo do tipo exploratório, de metodologia descritiva, visando proporcionar uma maior familiarização a respeito da questão legal desse tipo de participação, para que essa fique bem mais explícita.

Portanto, busca-se demonstrar que a participação do povo é vista como meio de efetivação da democracia e influência de forma direta na qualidade e na eficiência da gestão pública administrativa, bem como na gestão de políticas públicas, ou seja, ela permite o entendimento com relação às desigualdades sociais da sociedade brasileira.

1. PARTICIPAÇÃO POPULAR NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Com o passar dos anos, o Direito Constitucional moderno foi avançando, gerando grandes alterações no campo do direito administrativo,

apontando para uma necessidade maior de democratização das práticas da Administração Pública. Os perfis tradicionais de representatividade democrática, os quais são focados apenas no parlamento e na chefia executiva passaram a ficarem obsoletos, não garantindo os princípios democráticos.

No que se refere ao Estado democrático de direito, não mais cabe uma administração pública isolada, cheia de burocracia e fechada de maneira a impedir a participação do cidadão nas decisões. Tal participação se mostra dentro de um contexto moderno de relação Estado-sociedade e traz inúmeras possibilidades de haver uma coordenação recíproca de ações e interesses (MEDAUAR, 2003).

A Constituição de 1988 traçou diretrizes para o estabelecimento do Estado Democrático de Direito o que possibilitou o livre exercício dos direitos de cidadania do povo brasileiro, onde se incluem assegurados meios para a participação popular e a efetivação do controle social.

Para um melhor entendimento quanto à participação da população na Administração Pública, é importante frisar que ela parte do princípio constitucional e tem como foco o pensamento do cidadão voltado ao interesse comum de todos e não individualmente, com o objetivo de participar da política utilizando o direito de opinar a respeito das prioridades a serem tratadas ou decidindo junto com os administradores questões que tenham o interesse populacional.

O Estado Democrático de Direito assegura e estimula o avanço dos valores para uma participação popular, sendo os aspectos políticos e culturais que orientarão o comportamento e a ação do cidadão no acompanhamento da regularidade dos atos praticados pelos administradores públicos. Acrescenta Di Pietro (2011, p. 97):

> A consolidação do Estado Democrático de Direito, no qual a ideia de que os princípios e valores consagrados pela Constituição Federal, como essenciais à garantia da dignidade da pessoa humana e participação popular no Governo, devem ser observadas pela Administração Pública.

Não se deve, portanto, permitir que a participação popular se torne um problema político ou jurídico, por isso deve ser ressaltado sempre quais os deveres e os direitos dos cidadãos, bem como o que este poderá

fazer enquanto for participante da administração pública, onde essas são realizadas de maneira direta ou indireta (PEREIRA, 2012).

De acordo com Bobbio (2000, p. 367), existem procedimentos universais que regem o regime chamado de democrático, quais sejam:

> 1. Todos os cidadãos que alcançaram a maioridade, sem distinção de raça, religião, condição econômica e sexo, devem desfrutar dos direitos políticos, ou seja, todos têm o direito de expressar sua própria opinião ou de escolher quem a exprima por eles;
>
> 2. O voto de todos os cidadãos deve ter o mesmo peso;
>
> 3. Todas as pessoas que desfrutam de direitos políticos devem ser livres para poder votar de acordo com sua própria opinião, formada com a maior liberdade possível por meio de uma concorrência livre entre grupos políticos organizados, competindo entre si;
>
> 4. Devem ser livres também no sentido de ter condições de escolher entre soluções diferentes, ou seja, entre partidos que têm programas diferentes e alternativos;
>
> 5. Seja por eleições, seja por decisão coletiva, deve valer a regra da maioria numérica, no sentido de considerar o candidato eleito ou considerar válida a decisão obtida pelo maior número de votos;
>
> 6. Nenhuma decisão tomada pela maioria deve limitar os direitos da minoria, particularmente, o direito de se tornar, por sua vez, maioria em igualdade de condições.

A democracia, portanto, acontece quando se aplicam essas seis regras; porém, na atualidade, não existe regime político que consiga cumprir completamente o conteúdo de todas as regras. Assim sendo, constata-se que é possível apenas afirmar que existem diferentes graus de aproximação do ideal modelo democrático (PEREIRA, 2012).

A participação administrativa se baseia em um processo de maior envolvimento entre a administração pública e o cidadão, fazendo interações entre os agentes públicos e os particulares, onde acontecem desdobramentos diversificados. Nessa nova maneira de relacionamento, os cidadãos passam de agentes passivos, inertes diante das decisões administrativas, para uma efetiva colaboração para com a atividade do Estado.

As relações entre a população e o Poder Público assumem destaque considerável, chegando a fundamentar propostas teóricas de outros modelos de Estados como o Estado Relacional. Essas relações justificam também a criação de novas funções administrativas, das quais cita-se a garantia da existência de uma esfera pública de conexão entre as instituições públicas e os cidadãos (SANTOS, 2012).

De acordo com Cordeiro (2014, p. 20):

> Uma das condições primordiais para se alcançar uma sociedade verdadeiramente democrática, é, sem dúvidas, a participação de modo direto de todos os cidadãos na organização da coisa pública. Assim como era na pólis, no contexto atual, a cidadania consiste na participação efetiva dos cidadãos nas decisões da sociedade.

A cidadania deve ser reconhecida como elemento de uma sociedade, visto que em um país onde o poder de decisão já foi monopolizado desde a antiguidade por aqueles que representam uma elite econômica, a participação popular é tida como uma democratização do poder econômico.

1.1. INSTRUMENTOS DE PARTICIPAÇÃO POPULAR PARA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Ao se observar a Constituição Federal, fica perceptível que o sistema de controle estabelecido por ela é uma das maneiras utilizadas para proteger o direito.

Para Bugarin (2004, p. 28):

> O controle da administração pública, em sentido amplo, tem por finalidade precípua a constatação da compatibilização dos múltiplos atos e programas de gestão estatal, tanto nos seus aspectos de regularidade formal, como de resultado social, com amplo elenco de vetores normativos, em sua maioria de natureza principiológica, que regem a atuação legítima do poder público.

Por meio desse conceito, é possível verificar-se os atos de gestão mais amplamente, possibilitando avaliar a grandeza da efetividade das medidas adotadas relativas à busca do interesse público.

Para Mayer (2016, p. 91):

> O controle sistemático e integrado dos atos administrativos deve ser orientado para a concretização dos princípios e direitos fundamentais, notadamente do direito fundamental à boa administração pública.

É sabido que o objetivo principal dos direitos fundamentais é garantir aos cidadãos uma posição jurídica de direito subjetivo, visando limitar a atuação dos poderes estatais, ou seja, aquilo que para o indivíduo é um direito fundamental, passa a ser para o Estado um dever de fazer ou de abster-se de fazer algo.

Um Estado Democrático de Direito implica em uma Administração Pública transparente, sendo a transparência um instrumento indispensável para barrar determinados atos administrativos, permitindo que a população conheça a maneira que seus representantes estão dirigindo a "coisa pública", e se eles obedecem a todos os princípios básicos, assim a consequência, é uma excelente e eficaz Administração Pública.

Mayer (2016, p. 97) relata que:

> Considerando que a construção da cidadania se dá a partir de um conjunto articulado de práticas políticas, econômicas, jurídicas e culturais, é preciso destacar a necessidade de criação de uma cultura de participação popular, através do engajamento de toda a sociedade. Em especial, a partir da participação popular, entendida como um dos espaços mais importantes para o processo de democratização do Brasil.

Assim, devem ser observados os limites desejáveis ou possíveis da atuação do Estado e da sociedade, dentro de um contexto em que a boa administração pública respeita o ideal democrático de decisão pública, constituindo-se um desafio relacionado com a participação da sociedade, apresentando-se como estratégia para intensificar a democracia, não arranhando o ideal democrático. Sendo assim, a perspectiva da boa adminis-

tração pública traz uma análise relacionada à maneira de se criar um relacionamento com o Estado, com vistas a deixar explícito que o contexto de boa governança, existindo posições ativas, ou seja, O Estado, o cidadão e os demais sistemas sociais, partindo-se do diálogo e da participação ativa.

Dallari (1996, p. 13) defende que:

> A participação popular significa a satisfação da necessidade do cidadão como indivíduo, ou como grupo, organização, ou associação, de atuar pela via legislativa, administrativa ou judicial no amparo do interesse público - que se traduz nas aspirações de todos os segmentos sociais.

Percebe-se que a participação popular se apresenta como direito fundamental da pessoa humana, e tanto diante da sociedade quanto dos órgãos públicos, é de grande valia que se atrele às de democracia nos espaços públicos, concretizando assim os direitos fundamentais inerentes do Estado Democrático de Direito (MAYER, 2016).

Já é sabido que o controle social na administração pública é a sociedade agindo com a finalidade de orientar, fiscalizar ou corrigir as atividades administrativas, evitando que os agentes públicos se utilizem do abuso de poder e atuem em defesa do interesse geral. Esse controle é de superior importância no desempenho das ações do Estado, por permitir que o cidadão acompanhe cada passo da execução dos programas e serviços, podendo cobrar eficiência por parte da administração pública.

De acordo com Di Pietro (2011, p. 575):

> A finalidade de controle é assegurar que a Administração Pública atue em consonância com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico, com os da: legalidade, moralidade, finalidade pública, publicidade, motivação, impessoalidade e em determinadas circunstâncias, abrange também o chamado controle de mérito e que diz respeito aos aspectos discricionários da atuação administrativa.

Embora o controle seja atribuição estatal, o administrado participa a medida em que podendo provocar o procedimento do controle, na defesa de seus interesses individuais, e na proteção do interesse coletivo.

A Constituição Federal expõe em diversos artigos os instrumentos de participação popular na administração pública, e em diversas legislações infraconstitucionais, as quais determinam o seu uso pela população. Dispõe em seu artigo 14 que: "A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular" (BRASIL, 1988).

O plebiscito é uma modalidade de consulta popular que acontece antes de um ato legislativo ou administrativo, onde o povo fica apto a votar, aprovar ou denegar aquilo que lhe foi submetido. O referendo também é considerado uma consulta popular, porém é formulada depois que os projetos são aprovados pelo Legislativo, onde o povo apenas confirmará ou rejeitará aquilo que foi posto.

A iniciativa popular é a apresentação de um projeto de lei elaborada pelo povo e enviada ao Legislativo, o qual permite ao povo a exposição de textos de lei de grande importância para sociedade para serem aprovados pelo Congresso Nacional. Conforme a Constituição Federal, em seu art. 61, é necessário que o projeto esteja subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuídos em cinco Estados federados e a partir de três décimos por cento de eleitores em cada um deles (BRASIL, 1988).

A audiência pública é uma modalidade de participação popular aberta a toda a sociedade, abrindo-lhe a oportunidade de se manifestarem a respeito da melhor maneira de se conduzir a administração pública, dando opinião e participando ativamente em cumprimento ao que determina os princípios de publicidade e legalidade.

O orçamento participativo tem a finalidade de fiscalizar e controlar socialmente as despesas e receitas, procurando se chegar à eficácia e legalidade na utilização dos recursos públicos. Santos (2010, p. 90) declara que:

Em vários municípios brasileiros, a proposta orçamentária resulta não apenas de decisões dos setoriais, mas contempla também sugestões da sociedade civil organizada, coligidos por meio dos instrumentos de orçamento participativo. Através do orçamento participativo, as entidades da sociedade, bem como os cidadãos, conseguem ter a oportunidade de fiscalizar a gestão orçamentária, fazendo interferência nas decisões dos gastos do governo. Em maneira geral, este tipo de instrumento é mais utilizado nas administrações públicas municipais.

1.1.1. INCENTIVO AO CONTROLE SOCIAL COMO VANTAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Fortalecer o relacionamento entre a Administração Pública e os cidadãos é um ótimo investimento para a melhoria das tomadas de decisões políticas, além de ser um elemento central de todos os governos. Fazer investimentos quanto à participação da população permite que os governantes consigam absorver novas ideias, informações e recursos políticos, facilitando suas decisões.

Quando o cidadão se engaja ativamente no meio político-administrativo, consegue assegurar que as políticas públicas sejam apoiadas e entendidas por toda a população, de maneira a contribuir efetivamente na implantação dos projetos. Para que o engajamento seja eficaz, é necessário que os governos invistam tempo e recursos o suficiente na base sólida das estruturas legais, políticas e institucionais. Os administradores públicos devem desenvolver e utilizar ferramentas que sejam apropriadas para esse determinado fim, além de se envolver em níveis mais altos.

Para Verten (2003, p. 40):

> Que a tarefa do governo é governar, fazer política - não há dúvida sobre isso. Informações, consultas e participação ativa não substituem as iniciativas e as decisões que devem ser tomadas pelo governo. O governo tem um papel de liderança, e os cidadãos esperam que o cumpra - afinal de contas, é para isso que o elegem. A questão, entretanto, não é se o governo deve liderar, mas como liderar. Os governos podem praticar a liderança de duas formas. Podem ignorar as preocupações e contribuições diretas dos cidadãos, o que os coloca em crise de falta de confiança. Ou podem praticar uma liderança aberta às preocupações e contribuições diretas dos cidadãos.

Ações desse tipo oferecem ao governo a chance de angariar recursos maiores, de maneira que consiga desenvolver políticas melhores, além de conseguir passar mais confiança e legitimidade ao povo. Quando o governo está fortalecendo as relações governo-cidadão, ele está cumprindo seu papel de líder, de maneira aberta e com mais eficiência, credibilidade e sucesso.

O conjunto de informações, consultas e participação ativa conduzem à Administração Pública um alicerce para a construção de políticas, possibilitando que se transforme em uma organização voltada à aprendizagem constante. Nesse mesmo foco, traz uma garantia de implementação mais concreta, a partir do momento em que os cidadãos passam a ser mais informados a respeito das políticas e participam de seu desenvolvimento.

Através do avanço da internet e da legislação brasileira, o processo de divulgação dos informes no que se referem aos atos administrativos do Estado evoluiu, onde ficou mais visível a realização dos serviços públicos, bem como a prestação de contas. Democraticamente, os cidadãos procuram ter acesso às informações, ter conhecimento da situação e atuação do Estado, cobrando uma destinação eficiente dos tributos pagos. Conforme defende Braga (2011, p. 1), "pode-se definir transparência da gestão como a atuação do órgão público no sentido de tornar sua conduta cotidiana, e os dados dela decorrentes, acessíveis ao público em geral".

A transparência nas contas públicas vai muito além da publicidade, visto que garante o acesso a qualquer informação de maneira global, e não somente aquele que parecer conveniente mostrar. Essa ideia de democracia, constitucionalmente consagrada, vincula-se à capacidade das pessoas de participarem de forma efetiva do processo de tomada de decisões executada pelos governantes. A transparência é um instrumento para ser utilizado como auxiliar à população, para que a mesma consiga acompanhar os passos da gestão pública (ROCHA, 2015).

Há um avanço gradativo no que se refere ao campo normativo, onde são demandados modelos que permitem verificar-se o grau de transparência, demonstrando características necessárias para que uma organização se considere transparente a um determinado nível favorável (CAPPELLI; LEITE; ARAÚJO, 2010).

Vale salientar que o fato de tornar públicas as informações, de forma a ficar disponíveis para todos terem o acesso, não faz com que uma organização seja transparente. Tal processo traz em seu contexto requisitos que se relacionam a diversas dimensões do ato comunicativo como o preparo de quem receberá as informações, a maneira que ela estará disponibilizada, dentre outras.

A ação conjunta entre o povo e o governo resulta em ganhos valiosos, tanto na área econômica, quanto sociais e culturais. Economicamente por

causa dos recursos trazidos pelo controle social, o qual consegue evitar o escoamento de divisas a partir da corrupção. Socialmente por causa do crescimento da qualidade dos serviços prestados à população e da melhoria dos indicativos sociais da saúde e educação. Quanto ao cultural, traz o fortalecimento dos valores que são representações importantes para a cidadania, como a responsabilidade a respeito da coisa pública (LIRA *et al.*, 2003).

Para que haja efetivamente um exercício de controle social, torna-se necessário não apenas a disponibilidade das informações, mas sua qualidade e clareza, de maneira que possibilite a todos os cidadãos a participarem de todos os degraus da transparência contidos no processo de comunicação da administração pública relativas às contas.

O controle social é essencialmente de natureza democrática, decorre de princípios da transparência e da participação popular, que são fatores imprescindíveis para que os governos e os serviços públicos tornem-se mais responsáveis perante o cidadão (SALLES, 2010).

Segundo Carvalho (2010, p. 1):

> Pode ser entendido como um conjunto de processos e mecanismos de controle por parte da sociedade civil sobre as estruturas político-institucionais do Estado. Esse controle só é possível quando ocorre a pressão, o constrangimento e a cooperação por parte dos atores sociais envolvidos no processo político.

O controle social permite ao cidadão o acompanhamento da correta e adequada execução contratual, que determina ao gestor de parceria a disponibilização ao público dos relatórios de desempenho de parceria público-privada por meio da rede pública de transmissão de dados. Acrescenta Boaventura (2007, p. 1):

> O controle social passou a ter importância fundamental para o sistema de fiscalização que deve ser exercida sobre a administração imbuída de caráter gerencial. Assume aspecto relevante na medida que possibilita a obtenção de uma maior amplitude ao controle que ser exercido pela administração pública funcionando como aliado do controle oficial.

O exercício do controle social é independente, não produz resultados unicamente pela sua ação, ele depende do controle oficial para fazer valer suas constatações. Não se sobrepõe nem exclui os demais controles, especialmente o oficial, porque necessita deste para ter eficácia. Entretanto, deve ser considerado um aliado do controle oficial devendo ter sua atuação com ele conjugada (SALLES, 2010).

Exercido pelo cidadão, não se esgota em si mesmo, nem possui a função de substituir o controle oficial regulado constitucionalmente. Todavia explana Ferreira (2006, p. 3):

> O passo mais difícil é convencer a sociedade civil de que é dela a incumbência de fomentar a criação dos mecanismos de controle social. Indicando que os processos de orçamentação municipal, quando submetidos ao controle social, tornam-se transparentes e voltados para os interesses coletivos da população.

Para fazer valer as suas constatações contra as irregularidades do Poder Público, deve buscar a própria Administração para correção das falhas encontradas, representar aos integrantes do sistema de controle interno, denunciar os fatos ao Tribunal de Contas ou representante do Ministério Público.

No que se refere ao princípio da transparência como foco das conversas entre os cidadãos e dos meios pelo quais o público recebe as informações, os procedimentos utilizados para esse fim necessitam serem aprimorados, com um linguajar menos técnico, para que todos consigam ler e entender aquilo que está sendo apresentado.

Há no Brasil duas espécies de controle social: o controle social feito pelo Estado na qualidade de controle interno, realizado pelos órgãos de cada poder e o controle externo realizado pelos Tribunais de Contas de cada ente da federação (BOAVENTURA, 2007). Esclarece Silva (2011, p. 8):

> O controle interno é efetuado pela junção da estrutura organizacional com os mecanismos de controle estabelecidos pela administração, na qual são incluídas normas internas que definem responsabilidades, funções e procedimentos que são desenvolvidos

> dentro de programas, políticas, processos e operações. [...] é aquele exercido pelo próprio órgão, ente ou instituição competente à produção ou execução do ato administrativo, sem a interferência e a intervenção de fatores.

Tem como finalidade precípua avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução de programas e do orçamento, verificar a legalidade e resultados quanto à eficácia e eficiência da gestão orçamentária, financeira e patrimonial, controlar operações de crédito, avais e garantias, apoiar o controle externo e observar o que dispõe a Constituição Federal no que concerne à União (FERREIRA, 2006).

As atuações dos órgãos de controle externo são de extrema importância na vigilância do poder público e não se limitam apenas à fiscalização posterior dos atos praticados. Na explanação de Silva (2011, p. 6):

> O controle externo na gestão pública se desenvolve por meio da atuação de órgãos e instituições externas à estrutura da administração, onde exerce atividades de controle, limitação do poder e fiscalizam as ações da Administração Pública e as suas formas de funcionamento.

É função do Poder Legislativo, sendo de competência do Congresso Nacional na Federação, das Assembleias Legislativas nos Estados, da Câmara Legislativa no Distrito Federal e das Câmaras Municipais nos municípios com o auxílio dos Tribunais de Contas estaduais. E, no controle de essência estritamente política, essa função do Legislativo consiste, assim, em um atuar fiscalizador, mas sujeito à apreciação prévia do Tribunal de Contas competente que figura como um órgão auxiliar daquele Poder (MILESKI, 2006).

O Legislativo, então, desenvolve duas atividades típicas: a produção de normas infraconstitucionais (legislativa), prevista no art. 59, e a já esboçada inspeção contábil, financeira e orçamentária (fiscalizadora). Atipicamente, este Poder administra quando dispõe sobre sua organização, polícia e provimento de cargos de seus serviços; e julga quando apreciador dos crimes de responsabilidade do Presidente da República, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e do Procurador-Geral da República,

também dos Ministros de Estado nos crimes de responsabilidade conexos com aqueles praticados pelo Chefe do Executivo (TEMER, 2010).

Assim, o mais importante controle social no direito pátrio é a transparência, especial transparência fiscal, por ser um fator relevante para o estabelecimento de uma boa governança, na medida que possibilita um conhecimento público dos elementos idealizadores da política fiscal e seus resultados, proporcionando uma participação popular que amplia o controle social sobre os governos no que diz respeito à elaboração e a execução dessa política fiscal (MILESKI, 2006).

CONCLUSÃO

O estudo buscou analisar de que forma a participação popular na Administração Pública pode ser garantida, tornando-se um incentivo ao controle social. Com a evolução do Estado, passou a ser exigido uma transparência ainda maior dos atos governamentais com participação popular, onde o cidadão é o mero executor do controle social, que pode verificar, acompanhar e fiscalizar a regularidade dos atos governamentais.

Quanto mais consolidados e reconhecidos os valores democráticos, como igualdade, dignidade humana, participação e representatividade, mais intensos serão, a participação popular e o exercício do controle social, devendo efetuar uma avaliação ao nível de democratização do Estado e dos aspectos políticos e culturais da sociedade brasileira.

A Constituição Federal traz diversas previsões para a participação da sociedade na Administração Pública, que está intrinsecamente ligada ao princípio constitucional de decidir, politicamente, e compartilhar a administração. Nesse sistema, a população poderá opinar a respeito das prioridades a serem executadas, bem como fazer a fiscalização quanto à aplicação dos recursos públicos.

A democracia participativa só conseguirá ser consolidada a partir do momento em que os cidadãos passarem a utilizar as possibilidades participativas e, por meio delas, ampliarem ainda mais a obrigação dos governantes de ouvirem a sociedade, além de fazer constantemente a prestação de contas de suas gestões.

A participação popular consegue concretizar a efetiva democracia ligando o direito fundamental a uma boa administração pública. É necessá-

rio que a população não apenas participe da administração pública através do voto direto nas eleições, mas no fortalecimento das várias maneiras de participação cidadã. Nesse caminho percebe que, no âmbito da Administração Pública, cria-se um ciclo de controle retroalimentável, onde ao crescer a ampliação e consolidação das esferas públicas democráticas, também cresce a participação social, e essa interação segue nos dois sentidos. Por isso, é de extrema importância que se expanda e fortaleça a participação cidadã em todos os meios da sociedade, no intuito de ampliar a representação desses setores no processo de democracia. Quando o eleitor conhece as metas do governo, seus projetos orçamentários e a distribuição dos recursos disponíveis, torna-se fácil haver um apoio quanto ao progresso democrático, bem como a concretização do direito fundamental à boa administração pública.

É através da transparência na gestão que o cidadão conseguirá chegar ao pleno conhecimento e exercerá, de maneira digna, sua cidadania. Quando os governantes abrem suas contas para que a população acompanhe e fiscalize, torna-se possível haver questionamentos e oposicionismos, o que beneficia a democracia.

O desenvolvimento da transparência, da participação popular e do controle social tornou-se possível a partir das normas constitucionais e leis infraconstitucionais, assegurando-o as condições. Dessa forma, com transparência, o controle assume o seu significado e relevância quando é concebido para garantir o cumprimento de um objetivo definido, quer seja administrativo ou gerencial.

Faz-se necessário o desenvolvimento dessa consciência popular como primeira condição para uma democracia participativa, possibilitando a atuação do controle social, no sentido de que se torna emergente que haja uma modificação contundente desse traço político-cultural do povo brasileiro, no sentido de reconhecidos os valores democráticos da cidadania, onde o importante é o cidadão, a sociedade, consciente de seus direitos e deveres, poderá, de forma participativa, sem sujeitar-se a paternalismos, influenciar as decisões que envolvem políticas públicas, realizando um controle social sobre a regularidade dos atos praticados pelas autoridades administrativas. Assim o cidadão, com desenvolvimento consciente, poderá, na defesa de seus direitos, exigir transparência dos atos governamentais, participação com poder de influência nos atos de decisão de políticas

públicas, exercer um controle social sobre o cumprimento dos planos de governo e regularidade fiscal, social e legal dos atos praticados pelos gestores públicos.

O administrador público usa de seu juízo de valor e de critério próprio de conveniência e de oportunidade para satisfazer o interesse público, entretanto, faz-se imprescindível observar a necessidade de limites e controles impostos ao poder discricionário, já que se trata da manipulação de bens e interesses públicos, que são determinados e não podem sofrer desvirtuação, ou seja, o poder discricionário deve observar o que a lei determina e seguir à risca.

As limitações internas se encontram nos próprios pressupostos do ato, e as externas de controle judicial e controle da população. O controle da população envolve, geralmente, a questão da publicidade dos atos da administração. Esse controle é exercido por quem tem contato direto com os atos praticados e deve exigir a sua publicidade, para que se tornem públicos a toda a sociedade.

REFERÊNCIAS

ATTIE, William. **Auditoria**: conceitos e aplicações. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras: constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. São Paulo. n. 1, p. 285-317, jan-jun., 2003.

BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BOAVENTURA, Bruno José Ricci. A participação popular na gestão pública como razão constituinte do estado democrático de direito. **Academia Brasileira de Direito**, 2007. Disponível em: <http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id= 1322&categoria=Rem%E9dios%20Constitucionais>. Acesso em: 10 mar. 2021.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2009.

_____. **Teoria geral da política**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

BRAGA, Marcus Vinicius de Azevedo. A auditoria governamental como instrumento de promoção da transparência. **Revista Jus Navigandi**. Teresina, ano 16, n. 2900, 10 jun. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/19318>. Acesso em: 6 mar. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 mar. 2021.

BUGARIN, Paulo Soares. **O princípio da economicidade na jurisprudência do Tribunal de Contas da União**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

CAPPELLI, Cláudia; LEITE, Júlio Cesar Sampaio do Prado; ARAÚJO, Renata Mendes. A importância de um modelo de estágios para avaliar transparência. **Revista do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, n. 45, set. 2010.

CARVALHO, José T. **Acessibilidade às informações do controle externo**: um instrumento para o controle social do Estado. Publ. 2010. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br>. Acesso em: 12 mar. 2021.

CORDEIRO, Carlos Ulisses Lisboa. **A (in)efetividade da participação popular na administração pública.** Monografia. Maceió, UFAL, 2014. Disponível em: <http:// www.conteudojuridico.com.br/monografia-tcc-tese,a-inefetividade-da-participacao-popular--na-administracao-publica,55158.html>. Acesso em: 16 mar. 2021.

DALLARI, Pedro B. de Abreu. Institucionalização da participação popular nos municípios brasileiros. **Instituto Brasileiro de Administração Pública**, Caderno n. 1, p. 13-51, 1996.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Da constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discri-

cionariedade administrativa. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FERREIRA, Dimas Enéas Soares. **Mecanismos de controle sobre o processo de orçamentação pública**. Publ. 2006. Disponível em: <http://www.achegas.net/nume ro/vinteetres/dimas_ferreira_23.htm>. Acesso em: 22 mar. 2021.

LIRA, Ana Magda de Azevedo *et al*. **A educação corporativa aplicada ao tribunal de contas da união como estímulo ao controle social**. Brasília, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2003. Disponível em: <http://portal.tcu. gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24F0A728E014F0AE38DFD3BD8>. Acesso em: 3 mar. 2021.

MAYER, Grazieli Schuch. **O efetivo exercício do direito fundamental à participação política como instrumento para a concretização de uma boa administração pública**. Dissertação de Mestrado. Santa Cruz do Sul, Universidade de Santa Cruz do Sul, 2016.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. São Paulo: Revista de Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MILESKI, Helio Saul. Controle social: um aliado do controle oficial. **Revista Interesse Público**. São Paulo, n. 36, v. 8, p. 85-98, mar-abr., 2006.

PEREIRA, Antônio Kevan Brandão. A concepção democrática de Bobbio: uma defesa das regras do jogo. **Revista Estudos de Política**. Campina Grande, v. 1, n. 1, 2012.

ROCHA, Jadir Silva. O controle social da administração pública no Brasil. Jus Navigandi, fev. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/

artigos/36217/o-controle-social-da-administracao-publica-no-brasil>. Acesso em: 22 mar. 2021.

SALLES, Helena da Mota. **Gestão democrática e participativa**. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração/UFSC. Brasília: CAPES: UAB 2010.

SANTOS, Fábio Gomes dos. Participação na administração como direito fundamental. **Revista Digital de Direito Público**, v. 1, n. 1, p. 116-133, 2012.

SILVA, Francisco Kleveny Soares da. **Análise do controle social na gestão pública**: um estudo de caso no município de Areia - PB. Curso de Especialização em Gestão Pública Municipal da Universidade Federal da Paraíba. Disponível em: <http://portal.virtual.ufpb.br/bibliotecavirtual/files/analise_do_controle_social_na_gestao_publica_um_estudo_de_caso_no_municipio_de_areia_pb_1343925075.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2021.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2010.

VERTEN, Simone Reinholz. **A participação popular no processo de planejamento, execução e fiscalização do cumprimento da lei de responsabilidade fiscal**. Monografia. Vitória, Universidade Federal do Espírito Santo, 2003. Disponível em: <http://www.fucape.br/premio_excelencia_academica/ upld/trab/7/simone_mono_8.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2021.

ATENDIMENTO AO MUNÍCIPE: UM ESTUDO SOBRE A IMPLEMENTAÇÃO DA CENTRAL ON-LINE DE ATENDIMENTO DA PREFEITURA DE FRANCA-SP

Bernadete Oliveira Sidney Viana Dias[86]
Mailson Fernando Mendonça Guimarães[87]

INTRODUÇÃO

A cada ano as relações humanas, públicas e privadas, estão se tornando cada vez mais velozes, conectadas e complexas. A qualidade de atendimento ao cidadão tornou-se uma meta do serviço publico, em busca de busca de melhoria do serviço prestadocomo uma real necessidade do usuário, devendo esse serviço ser exatamente o que o usuário espera que ele seja.

O modelo de Administração Pública Gerencial trouxe da administração privada os conceitos e preceitos de que o atendimento ao cliente, neste cenário representado pelos cidadãos/munícipes, é algo que vai além do simples atender bem. Atendimento de qualidade exige equipes qualificadas e uma estrutura operacional adequada. Requer ainda o interesse e

86 Graduanda em Direito – UNIPTAN.

87 Graduanda em Administração Pública – UFSJ.

participação de todas as partes interessadas, para a geração de resultados e atendendo ao Princípio da Eficiência da Administração Pública.

O objetivo do presente trabalho foi descrever a implementação de um sistema on-line de atendimento ao munícipe disponibilizado pela Prefeitura Municipal de Franca, cidade do interior do estado de São Paulo e identificar os serviços mais demandados pelo cidadão. A Secretaria de Assuntos Estratégicos da Prefeitura de Franca disponibilizou os dados que foram tabulados e analisados.

Buscou-se observar se as ferramentas de atendimento das empresas privadas quando implementadas numa repartição pública geram os mesmos efeitos e resultados, seja na economia de tempo, economia de recursos humanos e estruturais, na velocidade e transparência de resolução das demandas e nos níveis e sensação de satisfação dos solicitantes.

1. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL

A organização administrativa de um país diz respeito diretamente a estrutura e a forma em que a sua administração é definida. Nosso modelo federativo determina que o Brasil possui uma descentralização territorial em três níveis: federal, estadual e municipal. Esse conceito é petrificado no artigo inicial da Constituição Federal Brasil (CFB, 1988):

> Artigo 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito. (CF, 1988). Assim, nossa Lei Maior determina que haja a partilha das atribuições administrativas entre a União, os Estados-membros (estados de São Paulo, Minas Gerais e Rio de Janeiro, por exemplo) e os Municípios.

No conceito de Bandeira de Mello (2005, p. 150), um dos precursores do Direito Administrativo Brasileiro, os municípios são as unidades que possuem território e autonomia política, administrativa e financeira de acordo com a Constituição da República. Essa estrutura administrativa, concede ao município autonomia para gerir suas receitas e definir diretrizes de gestão e prestação do serviço público.

Por possuir competência definida na Constituição Federal, ratificada pelos estados-membros, pode-se compreender que a atuação do município é de extrema importância para a manutenção e garantias dos direitos sociais e basilares do cidadão, ao mesmo tempo que é ente efetivo da implementação de políticas públicas.

Meirelles (2002, p. 254) diz que "a administração pública vai além ao definir que a predominância do interesse do município em relação ao possível interesse Estadual ou Federal, com relação ao mesmo assunto, é o que caracteriza o interesse local". No mesmo sentido, Cretella Júnior diz que "peculiar interesse, ou assunto de interesse local, desse modo, é aquele que se refere, primariamente e diretamente, sem dúvida ao agrupamento humano local, mas que também atende a interesses do Estado e de todo o país" (1990, p. 1889).

Percebe-se que o município possui papel de relevância na prestação do serviço público e a especificidade de atender diretamente o cidadão, garantindo o cumprimento dos preceitos estabelecidos na legislação. O atendimento realizado pelos municípios é o que garante que os planos, diretrizes e programas dos demais entes federados sejam efetivamente cumpridos.

2. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA GERENCIAL

Gestão daqualidade, eficiência, eficácia, desenvolvimento, empreendedorismo e resultados são ferramentas utilizadas pela gestão de negocios empresariais para atender efetivamente a demanda dos clientes e alavancar os seus resultados. Por sua vez, a gestão de qualidade e da eficiência na adminisitração pública cresce a cada ano.

No Brasil, o desenvolvimento da Administração Publica passou por três modelos de gestão, sendo eles o modelo Patrimonialista, o modelo Burocrático e o modelo Gerencial. No modelo Patrimonialista o "nepotismo e o empreguismo, senão a corrupção, eram a norma" (BRESSER-PEREIRA, 2015, p. 10). No Burocrático, o objetivo era realizar a modernização administrativa, marcado pelo formalismo, a impessoalidade, a hierarquia e a administração profissional (DE PAULA, 2003)

O modelo gerencial foi introduzido nos anos 70, como nova gestão pública se deu com resposta à crítica do modelo burocrático weberiano,

com ênfase no controle dos gastos públicos e na demanda pela melhor qualidade dos serviços nesse setor. (ABRUCIO, 1997). A administração gerencial surgiu para adequar as organizações públicas aos seus objetivos prioritários, que são os resultados ao cidadão. Este modelo apresenta princípios democráticos em sua proposta, como conceitos de participação, descentralização, autonomia e ênfase aos parâmetros de qualidade, de eficiência e da gestão para resultados.

Ao defender o controle dos gastos públicos e buscar a melhoria da qualidade na prestação do serviço público, o gerencialismo viu uma possibilidade de transformar a relação entre Estado e cidadãos. Grande defensor desta corrente, o ex-Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso (1995, p. 10), defendia no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado o novo modelo ao dizer que ele "visa combater a corrupção e o nepotismo patrimonialista. Para tal, orientava-se pelas ideias de profissionalização, carreira, hierarquia funcional, impessoalidade e formalismo."

Assim, o modelo gerencial de gestão publica e o serviço público tem dois pilares: o estrutural com o desenvolvimento da estrutura funcional (como a desconcentração e a descentralização das atividades e do poder de mando) do serviço e a profissionalização dos agentes públicos, desenvolvendo neses as habilidades pessoais, capacitação técnica e motivação.

3. PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

O Estado Democrático de Direito é construído com base em princípios, que são conceitos enraizados e integrados na cultura e nos costumes de uma dada população.

Meirelles (2002, p. 57) fundamenta o princípio a eficiência como:

> [...] o que se impõe a todo o agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento profissional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros [...] o dever da eficiência corresponde ao dever da boa administração.

Para Bandeira de Melo (1999, p. 92):

> Trata-se, evidentemente, de algo mais do que desejável. Contudo, é juridicamente tão fluido e de tão difícil controle ao lume do Direito, que mais parece um simples adorno agregado ao art. 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que burilam no texto. De toda sorte, o fato é que tal princípio não pode ser concebido (entre nós nunca é demais fazer ressalvas obvias) senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais suma suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência. Finalmente, anote-se que este princípio da eficiência é uma faceta de um princípio mais amplo já superiormente tratado, de há muito, no Direito italiano: o princípio da 'boa administração'.

Di Pietro (2002, p. 65) diz que:

> [...] o princípio apresenta-se sob dois aspectos, podendo tanto ser considerado em relação à forma de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atuações e atribuições, para lograr os melhores resultados, como também em relação ao modo racional de se organizar, estruturar, disciplinar a administração pública, e também com o intuito de alcance de resultados na prestação do serviço público [...] a eficiência é um princípio que se soma aos demais princípios impostos à administração, não podendo sobrepor-se a nenhum deles, especialmente ao da legalidade, sob pena de sérios riscos à segurança jurídica e ao próprio Estado de direito.

Sendo assim, o Princípio da Eficiência complementa a Administração Pública Gerencialista com presteza, com rendimento da prestação do serviço, com a boa-fé gestora, da busca por resultados, prezando a desburocratização e a potencialização dos recursos públicos. Tudo isso sob a égide da Legalidade e da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado, dois basilares princípios do Estado Democrático de Direito.

4. METODOLOGIA

Como estratégia de pesquisa e com o objetivo de analisar o processo de implementação da central on-line de atendimento da prefeitura

de franca/sp, realizou-se um Estudo de Caso. Para Yin (2002) esse é o mais pertinente por entender que é uma inquirição empírica que investiga um fenômeno contemporâneo dentro de um contexto da vida real.

Os dados foram coletados no endereço eletrônico da instituição, nos editais divulgados e seus resultados. O presente estudo utilizou-se da abordagem da pesquisa quantitativa. Por meio de estatistica descritiva, foi analisada as informações do sistema da Central *On-line* de Atendimento da Prefeitura de Franca.

Foi realizado também uma pesquisa documental nas bases de dados da Prefeitura de Franca.

4.1. O SISTEMA DE ATENDIMENTO

A Prefeitura Municipal de Franca possui na sua estrutura um espaço físico próprio para atendimento ao munícipe. A Central de Atendimento é o local de atendimento inicial. Neste departamento, são disponibilizados todos os atendimentos realizados de maneira direta e pessoal para o cidadão referentes a temas cadastrais, contratações, tributação, dívida ativa, solicitações de IPTU e ISS e central tira dúvidas.

Com o desenvolvimento da gestão pública, observou-se que alguns desses serviços poderiam ser disponibilizados de forma *on-line*, através da internet, utilizando como base o próprio *site* institucional da Prefeitura. Inicialmente, o projeto e lançamento seriam realizados no ano de 2021 e estava em conformidade e os planejamentos de várias secretarias como saúde, habitação, processos de licitação e mobilidade urbana.

Entretanto, com a decretação da situação de Pandemia de Covid-19 pela OMS (Organização Mundial da Saúde) em 11 de março de 2020 e, em seguida, pela ratificação desta mesma situação através do Decreto Legislativo nº 6 de 20 de março de 2020, quando o Presidente da República do Brasil decreta Estado de Calamidade Pública em decorrência da Pandemia de Covid-19, o projeto foi antecipado. Buscou-se a adequação urgente à situação de garantia de distanciamento social na Central física de atendimento, seja entre os servidores, seja entre os munícipes/cidadãos.

4.2. PLANEJAMENTO DA SECRETARIA DE ASSUNTOS ESTRATÉGICOS

Após a posse da atual gestão que assumiu o Executivo na cidade de Franca e a distribuição das competências e pastas, a Secretaria de Assuntos Estratégicos da Prefeitura em conjunto com a Secretaria de Administração e com o Gabinete do Prefeito verificaram que muitas solicitações dos munícipes, até então realizadas de forma pessoal e presencial, poderiam ser digitalizadas e virtualizadas.

No mesmo período, ocorreu nos sistemas dos cartórios de registro de imóveis do país uma atualização das bases de dados dos imóveis, o que possibilitou uma maior integração entre as matrículas dos imóveis das propriedades desses bens com a base de dados da tributação municipal do Imposto sobre Propriedade Territorial Urbana (IPTU). Ocorreu também neste período o aprimoramento da abertura de empresas por parte da Receita Federal, que através de programas municipais fomentaram a formalização de empreendedores que até então viviam na informalidade.

A partir desse momento, a Prefeitura passou a ser um dos canais de aberturas de empresas nas cidades. Com isso, a relação documental dos empresários passou a ser integralizadas diretamente ao sistema municipal da cidade de Franca. Logo, os assuntos referentes à tributação do Imposto Sobre Serviços- ISS e do IPTU, de competência municipal, acelerou o projeto de criação de um sistema *on-line* para a administração dessas demandas originárias dos munícipes.

Com base nessas duas situações, a administração municipal realizou uma série de estudos de viabilidade de criação e implementação de um sistema on-line de atendimento. O projeto foi elaborado, suas etapas distribuídas entre os agentes envolvidos, as etapas gerenciadas e o sistema criado pelos servidores do Departamento de Tecnologia de Informação da Prefeitura de Franca.

A Central de Atendimento *On-line* da Prefeitura de Franca foi aberta aos cidadãos no dia 7 de abril de 2020.

4.3. FUNCIONALIDADES DA CENTRAL ON-LINE DE ATENDIMENTO

O sistema funciona através de acesso no próprio site da Prefeitura de Franca, onde o cidadão preenche um cadastro com dados pessoais e a

partir daí tem acesso a uma plataforma com uma relação de vários serviços prestados de forma online. A central disponibiliza um total de 35 (trinta e cinco) serviços diferentes.

Após o protocolo da solicitação pelo munícipe, a equipe interna de atendimento realiza uma primeira análise das demandas. Caso seja necessário o envio de mais alguma informação ou documento, os servidores fazem contato com o cidadão solicitando o envio e anexo do documento pendente. Em seguida as demandas são rateadas internamente para os departamentos responsáveis e os pedidos são processados. Em seguida, o requerente é informado via e-mail que a solicitação/documento já está disponível para acesso e/ou retirada.

4.4. MENSURAÇÃO DOS SERVIÇOS

Após a mensuração do número de atendimento dos 35 serviços dsiponibilizados durante o período entre 07/04/2020 e 05/08/2020, direcionou-se as análises para os cinco serviços mais solicitados pelos munícipes através do portal on-line.

Entre os dias 07/04/2020 e 06/08/2020 (quatro meses), a Central *on--line* recebeu um total de 1.957 solicitações, das quais 1.722 já foram finalizadas.

A seguir, os mesmos serão mais bem apresentados.

4.4.1. CERTIDÃO DE ÁREA CONSTRUÍDA

O serviço de Certidão de Área Construída tem o objetivo de informar e dar publicidade da metragem de um imóvel identificado e cadastrado na Prefeitura. Esse documento informa com exatidão os dados constantes nos bancos de dados da Prefeitura e que dizem respeito as construções atualizadas dentro de um terreno residencial urbano pertencente ao limite da cidade. Esta é mesma informação utilizada como base de cálculo do valor anual de IPTU. Entre outras, a finalidade dessa certidão é comprovar aos demais órgãos públicos, cartórios de imóveis e instituições bancárias a existência de um imóvel construído em um terreno, assim como a sua respectiva metragem.

Sobre os Atendimentos para a emissão de Certidão de Área Construída verificou-se que de um total de 1722 solicitações via portal criadas por munícipes entre o período de 07/04/2020 até 06/08/2020 (04 meses), 541 foram para a emissão de Certidão de Área Construída.

Este é o serviço mais requisitado no portal e representa 31% do total de demandas realizadas.

4.4.2. HABITE-SE

Em segundo lugar de demanda da população, está o serviço de Habite-se. Trata-se de uma certidão expedida pela Prefeitura declarando e atestando que o imóvel está pronto para ser habitado e que foi construído ou reformado em conformidade com a legislação do município, especialmente o Código de Obras e Condutas.

Tecnicamente o Habite-se é chamado de Auto de Conclusão de Obra. É importante destacar que é ele que habilita o proprietário a morar no imóvel ou dar qualquer outra destinação para moradia ou ocupação, sendo que a não emissão dos documentos coloca o imóvel em irregularidade.

O Habite-se é uma regularização que consta na matrícula do imóvel registrado nos cartórios. De um total de 1722 solicitações via portal criadas por munícipes entre o período de 07/04/2020 até 06/08/2020 (quatro meses), 309 foram para emissão de Habite-se. Desta forma, é o segundo serviço mais requisitado no portal e representa 18% do total de demandas finalizadas.

4.4.3. CERTIDÃO DE USO DO SOLO

A Certidão de Uso do Solo é um documento emitido pela Prefeitura Municipal e que atesta os potenciais usos de um determinado imóvel/terreno de acordo com a legislação urbanística da cidade. Nesta certidão a administração informa ao interessado sobre as possibilidades e limitações da utilização daquele bem, seja para uso industrial, comercial ou residencial. Para a emissão deste documento é preciso a realização de testagem qualitativa da composição do solo.

O documento sobre o uso do solo é de extrema importância para os empreendimentos, pois é através dele que a Prefeitura especifica o apro-

veitamento do solo, define o coeficiente de aproveitamento do espaço, determina a possibilidade de garagens e prevê o uso para habitação, define os limites mínimos de recuo frontal e lateral, fixa a taxa de ocupação e a esclarece a resistência do solo para a construção de imóveis de grande complexidade

Sendo assim, a certidão de uso de solo é um documento estritamente técnico e emitido por engenheiros de carreira. É importante destacar que o documento vincula o seu emissor à obra construída, ou seja, se um engenheiro da prefeitura atesta que sobre um terreno é possível construir um prédio e ao final desta obra o prédio venha a desmoronar, este profissional assume sua cota de responsabilidade civil e penal.

Do total das solicitações, 261 foram para emissão de Certidão de Uso do Solo. Este é o terceiro serviço mais requisitado via portal, representanto 15% do total de demandas concluídas no período.

4.4.4. CERTIDÃO NEGATIVA DE TRIBUTOS MUNICIPAIS GERAL E ISS-EMPRESAS

O serviço de emissão de Certidão Negativa de Tributos Municipais é o documento em que a Fazenda Pública Municipal declara que uma pessoa física ou jurídica não possui débitos ou pendências tributárias com o órgão até a data de emissão do documento.

A Prefeitura de Franca disponibiliza o serviço de CND (Certidão Negativa de Débitos) tanto para pessoas físicas quanto jurídicas. Para este estudo, considerou-se apenas a CND empresarial. Essa certidão é exigida por vários órgãos, tanto públicos, como por exemplo ser uma exigência da Receita Federal para baixa do CNPJ, como instituições privadas ligadas à liberação de crédito de agências de fomento e bancos comerciais. A CND empresarial é um requisito também para os procedimentos de reestruturação societária e nas transações de compra, venda, cisão e fusão de grupos empresariais.

De acordo com a Constituição Federal e o Código Tributário Nacional, o município tem competência para instituir três impostos: IPTU (Imposto sobre Propriedade Predial e Territorial Urbana), ITBI (Imposto sobre a Transmissão de Bem Imóveis) e ISS (Imposto sobre Serviços

de Qualquer Natureza). Logo, a CND emitida pela Central On-line de Atendimento recai sobre esses três impostos.

Do total das solicitações, 231 foram para emissão de Certidão Negativa de Tributos Municipais. É o quarto serviço mais requisitado via portal e representa 13,5% do total de demandas finalizadas no período pela equipe de atendimentos, servidores técnicos e Secretarias.

4.4.5. CANCELAMENTO DE NOTAS FISCAIS

Trata-se do cancelamento de notas fiscais de ISS. A obrigação de emissão de notas fiscal é considerada uma obrigação acessória pela lei tributária, seja a Federal (CTN), como nos Códigos Tributários Municipais.

A nota fiscal é o documento que comprova a compra/venda de um produto/serviço (no caso do ICMS – Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual – que é um imposto de competência dos governos estaduais) e, na competência municipal, comprova a prestação de um serviço através do recolhimento do ISS. É este documento que contabiliza o valor de imposto que deverá ser pago ao ente tributante, no caso deste estudo, à Prefeitura de Franca.

Do total solicitações, 193 foram para Cancelamento de Notas Fiscais – ISS. Foi o quinto serviço mais requisitado via portal, representando 11% do total de demandas concluídas no período.

5.CONSIDERAÇÕES FINAIS

Falar de eficiência na Administração Pública remete-se a análise do atendimento prestado pelo servidor. E nessa análise verifica-se que o atendimento de qualidade pode ser destrinchado em duas vertentes: uma que trata da eficiência no atendimento quanto à estrutura do órgão público, sua estrutura predial, seus sistemas informatizados e a possível prestação de serviços de forma on-line. Assim, essa primeira vertente é mais dispendiosa, pois exige uma grande readaptação no espaço, assim como a disponibilidade orçamentária, e sabe-se que na atual conjuntura os recursos públicos estão cada vez mais escassos.

Entretanto, a segunda vertente que trata propriamente do atendimento realizado pelo servidor e na centrais de atendimento, pode-se concluir que a mudança é mais rápida e possível, pois exige muito mais dispêndio de energia pessoal para as mudança de posturas e pequenas alterações de sistema, do quê grandes investimentos financeiros e reestruturações globais de uma gestão. Ou seja, implementar um atendimento de qualidade e com eficiência dentro de uma repartição municipal depende do interesse do gestor público, da disponibilização de maquinário mais moderno e da capacitação e motivação dos servidores da frente de atendimento.

Assim, o objetivo deste estudo foi analisar os dados referentes a implementação de um sistema de atendimento on-line pela Prefeitura de Franca. Identificou-se cinco serviços mais solicitados no período analisado que representaram 89% do total das solicitações abertas: Certidão de área construída, Habite-se, Certidão de Uso do Solo, Certidão Negativa de Tributos Municipais Geral e ISS – Empresas e o Cancelamento de Notas Fiscais. Os outros serviços prestados pela Central On-line de Atendimento representam conjuntamente 11% de todas as demandas abertas no período estudado.

A disponibilização de serviços públicos de modo *on-line* é uma situação positiva, tanto para o órgão mantenedor desse serviço, como para o cidadão/ município/contribuinte. Serviços on-line não exigem o deslocamento, filas de espera e procedimentos e processos internos demoradas, e passam a ser realizados através de um computador em casa ou no trabalho. Entende-se também que essa digitalização dos serviços, principalmente pelas prefeituras, é uma condição que exige uma grande mudança na gestão, pois necessita de interesses, de uma mentalidade gestora empreendedora e, principalmente, disponibilidade orçamentária.

Pequenas mudanças no atendimento ao munícipe dentro dos órgãos públicos já podem ser consideradas pequenas mudanças na eficiência. Atender bem, em um órgão em que tempos atrás era tudo burocrático e monótono, pode ser considerado mudanças eficientes. Assim, a implementação de práticas de uma Gestão Pública Gerencial através do atendimento de qualidade ao munícipe é positiva. O futuro exigirá prefeituras e estados mais eficientes, tornando o serviço público mais efetivo e com mais qualidade.

REFERÊNCIAS

ABRUCIO, Fernando Luiz.**O impacto do modelo gerencial na Administração Pública**: um breve estudo sobre a experiência internacional recente. Cadernos ENAP, Brasília, DF, 1997.

BRASIL. Presidência da República. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado.** Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. [Minha Biblioteca]. Acesso em 19 jun.2020.

BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. Editora Saraiva, 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**.1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ Constituiçao.htm.htm>. Acesso em: 21 mar. 2021.

COSTA, Frederico Lustosa da. **Reforma do Estado e contexto brasileiro**: crítica do paradigma gerencialista. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

DANTAS, Edmundo Brandão. **Atendimento ao publico nas organizações**. Editora Senac, Brasília-DF, 2004.

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

INSTITUTO BRASILEIO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. <https://www.ibge.gov.br/cidades-e-estados/sp/franca.html>. Acesso em: ago. 2020.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

ANÁLISE DO INQUÉRITO POLICIAL MILITAR À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Marco Aurélio de Jesus Pio[88]
Socrat Rodrigues Lopes[89]

INTRODUÇÃO

Quando D. João VI, chegou no Brasil fugindo de Napoleão Bonaparte, trouxe consigo militares portugueses para sua proteção pessoal e de sua corte. Consequentemente, houve a edição de decretos para regulamentar o âmbito jurídico e administrativo deste efetivo castrense. No século XX, já existindo militares federais da Marinha, Exército e Aeronáutica, assim como militares estaduais compostos por policiais e bombeiros militares, se faz necessário estudear com mais acuidade a Justiça Militar e a legislação penal e processual penal militar.

Por isso, a presente pesquisa tem por objetivo analisar artigos do Código de Processo Penal Militar, que tratam do Inquérito Policial Militar e verificar se estão consoantes aos princípios constitucionais consagrados na Carta Magna de 1988. Sabemos que o Código de Processo Penal Militar é anterior a Constituição Federal de 1988, mas apesar de ter sido,

88 Doutorando em Direito (UVA-RJ). Professor na Universidade Estadual do Maranhão. Professor e Coordenador dos cursos de pós-graduação em Direito do Centro Universitário Estácio São Luís.

89 Graduado em Direito pelo Centro Universitário Estácio São Luís. Policial Militar da Polícia Militar do Maranhão.

teoricamente, recepcionado por ela, alguns dispositivos merecem estudo pormenorizado.

O direito é uma ciência dinâmica, assim como a sociedade também está em constante mudança. Deste modo, considerando o contexto político do Brasil atualmente, em que o governo federal está sendo comandado pelo Presidente e Vice-presidente da República que são militares da reserva do Exército, consequente nomeação de vários outros militares de forças diversas para ocuparem cargos de ministros de Estado e, diversas medidas e estratégias de governo sendo voltadas para as forças militares, mostra-se justificável o interesse e a análise acadêmica e social de instrumentos de investigação utilizados na caserna.

Para fins de delimitação e regionalização, optamos por analisar o inquérito policial militar em âmbitos da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar do Maranhão, uma vez que ambos os pesquisadores residem neste estado e são militares estaduais. Inicialmente, apresentaremos de forma sintética os principais dispositivos e características do Inquérito Policial Militar, destacando seus sujeitos, dinâmicas, procedimentos, autoridades e diligências, buscando ressaltar os pontos que pretendemos analisar diante dos princípios constitucionais. Em seguida passaremos a análise de dispositivos que ao nosso julgamento, com base na doutrina e jurisprudência, não estão em consonância com a Constituição Federal de 1988 e, portanto, não devem ser recepcionados, o que inviabiliza sua utilização no dia a dia das atividades da polícia judiciária militar.

A metodologia empregada para a elaboração deste trabalho consistiu no uso do método hipotético-dedutivo, com pesquisa do tipo exploratória e bibliográfica, em uma abordagem predominantemente qualitativa.

2. INQUÉRITO POLICIAL MILITAR NO ÂMBITO DO ESTADO DO MARANHÃO

É cediço que a Justiça Militar em âmbito dos Estados-membros, só julga integrantes das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militar que pratiquem crimes adjetivados como militares (BISCAIA, 2006). No Maranhão, a Auditoria Militar (Vara especializada) é responsável pelo julgamento em primeiro grau de processos penais contra policiais e bombeiros militares, tanto praças como oficiais, e cabe ao Tribunal de Justiça

do Estado do Maranhão, diante da inexistência de um Tribunal Militar Estadual, julgá-los em âmbito recursal (MARANHÃO, 1995).

Sabe-se que para chegar na fase processual penal é necessário que antes haja denúncia pelo Ministério Público Militar estadual, que precisa de elementos de informações suficientes para ter indícios de autoria e provas de materialidade delitiva, o que gera no Ministério Público o juízo do crime e o cumprimento do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública (MISSE, 2010). Esses elementos são colhidos na primeira fase da *persecutio criminis* que se aperfeiçoa por meio do Inquérito Policial Militar (IPM), instaurado para perfazer a investigação preliminar.

Assim, o Código de Processo Penal Militar (CPPM), em seu artigo 9°, apresenta os regramentos sobre o Inquérito Policial Militar e define que ele tem por objetivo a coleta de informações de forma preliminar e eficiente para oferecer subsídio ao Ministério Público formar sua convicção delitiva, e deste modo poder oferecer a denúncia e dar início ao processo penal militar (GRECO, 2020).

Por ser um procedimento descrito em lei, exige algumas formalidades que deverão ser observadas, apesar de não existir uma forma única para o inquérito, mas exigências mínimas são cobradas pelo artigo 21 do CPPM. Podemos mencionar a necessidade de organização das peças em ordem cronológica, reunidas em um só processo, digitadas em espaço de dois pontos e com as folhas numeradas pelo escrivão. E além da necessidade de despacho pelo encarregado do inquérito a cada juntada de documento, sendo responsabilidade do escrivão lavrar o termo e mencionar a data (BORGES, 2020).

A autoridade responsável por conduzir as investigações é um oficial, que não poderá ter o posto inferior ao de Capitão. Devemos lembrar que no Maranhão, de acordo com a Lei Estadual nº 6.513/1995, os militares estaduais são divididos em dois graus hierárquicos: praças e oficiais (MARANHÃO, 1995). É, portanto, de responsabilidade dos oficiais de posto não inferior ao de capitão, que se trata de um oficial intermediário, a condução do IPM.

Quando a investigação se tratar de crime contra segurança nacional, de acordo com o art. 15 do CPPM, o responsável pela condução do inquérito, será sempre que possível, um oficial superior: Major, Tenente-Coronel ou Coronel. No art. 11, encontra-se a figura do escrivão que é

exercido por um militar da ativa designado pela autoridade instauradora do IPM, que quando for o investigado um oficial, deverá assumir a função de escrivão, um 1° ou 2° Tenente, e para os demais casos poderá assumir a função um Sargento ou Subtenente.

Neste sentido, a prevalência do princípio da hierarquia, obriga legalmente que que somente um superior hierárquico pode investigar um subordinado através do IPM, quando isso for violado, e alguém com posto ou antiguidade menor que o investigado estiver conduzindo o inquérito, tão logo perceber o equívoco, deverá comunicar imediatamente ao superior hierárquico competente para que realize a substituição da do encarregado por outro oficial que seja superior hierárquico ao investigado, conforme reza o artigo 10 do CPPM.

Para tornar a investigação mais eficiente e rápida, o artigo 16 do CPPM, impõe o sigilo do procedimento, demostrando o inverso do processo penal que é público. O inquérito tem natureza administrativa, inquisitiva e preliminar à ação penal. Até mesmo o indiciado não tem acesso direto aos autos, somente através do seu advogado. Mas quando o juiz decretar sigilo ao procedimento, somente o advogado do indiciado com procuração terá acesso aos autos, consoante Súmula 14 do STM (BRASIL, 2021).

É dever e direito de o advogado acompanhar a produção de provas, mas durante ao interrogatório, não poderá perguntar a testemunha. A sua presença na produção de provas é uma prerrogativa assegurada no desempenho do seu mister, garantindo assim que o direito de seus clientes seja respeitado. A autoridade policial encarregada não poderá impedir ao procurador constituído do indicado acesso as provas já documentadas ou mesmo que ele permita, mas se for de forma incompleta ou mesmo empeça que seja tirado copias, poderá responder pelo crime de abuso de autoridade (GRECO, 2020).

No artigo 19 do CPPM, há uma imposição procedimental que determina que somente entre o horário das 7 às 18 horas é que devem ser feitas a oitiva das testemunhas e o investigado, e não sendo possível finalizar o depoimento no mesmo dia, será encerrado e começado no dia seguinte, se for dia útil, se não o for, será marcado para o próximo dia útil. O interrogatório não pode ultrapassar 4 (quatro) horas ininterrompidas, chegando a esse limite, deverá ser interrompida e comerá meia hora depois,

possibilitando um período de descanso para o depoente (BISCAIA, 2006; BORGES, 2020).

O encarregado precisará efetuar algumas diligências próprias do IPM, e dentre elas encontramos a necessidade de preservação do local do crime até a chegada dos peritos, se ainda for possível, apreender objetos, documentos e outros instrumentos que servirem para ajudar na elucidação do crime.

O artigo 13 do CPPM descreve outras medidas que precisam ser tomadas pela autoridade policial militar na condução do inquérito, como a oitiva da vítima, testemunhas e investigado.

No interrogatório, importa observar o direito ao silencio, consagrado na Constituição Federal, que fornece proteção ao acusado, sendo mais uma forma de garantia limitadora contra a atuação do Estado (LOPES JÚNIOR, 2020). Diferentemente da testemunha que tem a obrigação de falar a verdade, e se assim não for poderá responder por falso testemunho, crime tipificado no artigo 346 do Código Penal Militar.

Cabe também o procedimento de indiciamento dentro do IPM pelo oficial encarregado, que por representar um constrangimento autorizado legalmente contra o investigado, deve haver indícios suficientes de autoria e provas mínimas da materialidade do crime. Apesar do indiciado ser considerado como objeto da investigação, isso não significa, segundo o posicionamento do STF que seja retirado dele todos as suas garantias e direitos constitucionais. Mas, em razão do poder de investigação que é atribuído ao Estado, alguns direitos e garantias são restringidos ao indiciado, como por exemplo o contraditório e ampla defesa, que não são possíveis dentro do IPM (NUCCI, 2019).

Por outro lado, autoridade policial deve tomar todas as medidas necessárias para proteger testemunhas, peritos ou vítimas ou até mesmo representar ao juiz pela prisão preventiva do investigado, tudo visando ao perfeito andamento do inquérito. Outro instrumento que se encontra à disposição da autoridade policial para esclarecer o crime é reprodução simulada dos fatos, que poderá ser realizada pela vítima e pelas testemunhas (MISSE, 2011).

Mas é importante frisar que o indiciado não é obrigado a participar, isso porque, pelo princípio da vedação de autoincriminação consagrado na Constituição Federal, o acusado não é obrigado a produzir provas con-

tra si mesmo. Apesar da importância desta diligência técnica, existem situações que a reconstituição não poderá ser utilizada, como quando contrariar a moralidade, a ordem pública, a hierarquia e a disciplina militar (BISCAIA, 2006; NUCCI, 2019).

Ao finalizar todas as diligências que foram possíveis realizar, é necessário que seja feito um relatório minucioso de todas as atividades desenvolvidas durante a investigação, indicando as pessoas ouvidas, os resultados obtidos, além de informar o dia, lugar e onde ocorreu o fato delituoso. Se descobriu que houve a ocorrência de infração disciplinar ou indício de crime, deve mencionar no relatório. Nesse último caso, se entender necessário a prisão preventiva, terá que representar de forma justificável ao juiz para assim a decretá-la.

Segundo Guilherme Nucci (2019), o encarregado pelo inquérito não é obrigado a confeccionar o relatório, nem tão pouco o juiz ou Ministério Público podem obrigar a fazê-lo, pois não existe hierarquia entre eles e não há disposição legal obrigando a autoridade policial militar a confeccionar o mesmo. Mas, é possível o encarregado responder disciplinarmente diante da autoridade hierárquica superior a qual está subordinada administrativamente.

Da leitura do artigo 23 do CPPM, observamos que há ordem clara para após finalizar o procedimento os autos serem enviados para a Auditoria Judiciaria Militar, que no Maranhão tem competência em todo o Estado. Já no artigo 25, descreve a lei adjetiva castrense que é possível mesmo após o arquivamento do procedimento investigativo, reabri-lo caso venha surgir provas novas, respeitando a redação da súmula 524 do STF (BRASIL, 2020). Se acaso o arquivamento tiver por fundamento alguma causa de extinção da punibilidade ou reconhecimento de atipicidade da conduta, far-se-á coisa julgada material, não podendo assim ser reaberto o inquérito.

Por fim, existem algumas situações que o inquérito policial militar pode ser dispensado, essas possibilidades então elencadas no artigo 27 e 28 do CPPM. É o caso de auto de prisão em flagrante juntar elementos suficientes para indicar a materialidade do crime a sua autoria, o que dispensa diligências, salvo a realização de perícia, se o crime deixa vestígios ou quando for necessário a realização de avaliações em crimes de natureza patrimonial. Também é dispensável o IPM quando o fato e a autoria já en-

tão esclarecidos por documentos ou outras provas materiais confiáveis ou nos crimes contra a honra, quando decorrerem de escrito ou publicação, cujo autor esteja identificado.

Os prazos estipulados para finalizar o procedimento está contido no artigo 20 do CPPM, na hipótese do indiciado preso, o prazo máximo será de 20 (vinte) dias, que não poderá ser prorrogado, justamente pela privação de liberdade que se encontra o sujeito. Agora se o indiciado estiver solto, esse prazo dobra para 40 (quarenta) dias. Mas chegando ao final desse prazo e ainda houver a necessidade da realização de mais diligências indispensáveis a elucidação do fato, supostamente criminoso, ou estiverem pendentes perícias, poderá o encarregado solicitar a autoridade superior prorrogação de mais 20 (vinte) dias para finalizar o feito.

Mas, mesmo depois de concedido a prorrogação e não for suficiente para a conclusão do inquérito, o encarregado terá que enviar aos autos ao juízo e terá que indicar o nome e o lugar que poderá encontrar alguma testemunha e informações que julgar necessária para a realização de alguma diligência pendente. O juiz ou o Ministério Público Militar julgar necessário poderá requerer a autoridade policial a realização da tomada de depoimento ou realização de outras diligências indispensável à solução do caso.

3. ANÁLISE DO INQUÉRITO POLICIAL MILITAR FRENTE AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

É cediço que a Justiça Militar em âmbito dos Estados-membros, só julga integrantes das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militar que pratiquem crimes adjetivados como militares. No Maranhão, a Auditoria Militar (Vara especializada) é responsável pelo julgamento em primeiro grau de processos penais contra policiais e bombeiros militares, tanto praças como oficiais, e cabe ao Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, diante da inexistência de um Tribunal Militar Estadual, julgá-los em âmbito recursal.

Sabe-se que para chegar na fase processual penal é necessário que antes haja denúncia pelo Ministério Público Militar estadual, que precisa de elementos de informações suficientes para ter indícios de autoria e provas de materialidade delitiva. Esses elementos são colhidos na primeira fase da

persecutio criminis que se aperfeiçoa por meio do Inquérito Policial Militar (IPM). Assim, o Código de Processo Penal Militar (CPPM) em seu artigo 9°, apresenta os regramentos sobre o Inquérito Policial Militar e define que ele tem por objetivo a coleta de informações de forma preliminar e eficiente para oferecer subsídio ao Ministério Público formar sua convicção delitiva, e deste modo poder oferecer a denúncia e dar início ao processo penal militar (GRECO, 2020). Entretanto, há muitos dispositivos controversos no CPPM que merecem uma análise mais detalhada à luz da Constituição Federal de 1988 e da jurisprudência em matéria processual, uma vez que nenhum regramento infraconstitucional pode se desalinhar com os princípios constitucionais.

A primeira abordagem crítica cabe no artigo 14 do CPPM, que trata da assistência solicitada ao Procurador-Geral, com o escopo de que envie um membro do Ministério Público para contribuir nas investigações, quando fosse caso de difícil elucidação. Entretanto esse dispositivo não foi recepcionado pela CF/88, uma vez que não está entre as atribuições constitucionais do MP, logo não é mais possível ao encarregado do inquérito solicitar ajuda ao Ministério Público para prestar assistência em caso de grande importância e de difícil elucidação, pois tem atribuição para realização de todas as diligências necessárias. (NUCCI, 2019)

Na mesma esteira, encontra-se o 17 do CPPM, que trata da incomunicabilidade do indiciado. Segundo Nucci (2019), esse dispositivo colide frontalmente com o artigo 136, §3, IV, da CF, que embora faça referência a presos políticos, não admite que nenhuma pessoa, civil ou militar, tenha seu direito de comunicação com sua família e/ou seu advogado vilipendiado por causa da prisão. Em âmbito internacional, podemos mencionar o Pacto São José da Costa Rita, a qual o Brasil é signatário, e proíbe a incomunicabilidade do preso, em seu artigo 8°, "d". Assim como em matéria infraconstitucional, temos o artigo 7°, III, do Estatuto da Advocacia, que afirma ser direito do advogado, comunicar-se com o preso, mesmo sem procuração, quando o seu cliente estiver preso em estabelecimento civil ou militar, ainda que esteja considerado incomunicável (OEA, 1969; BRASIL, 1994).

Tratando da prisão, a Constituição Federal em seu artigo 5, LXI, aponta as hipóteses que se aplicam de forma geral, por meio do flagrante ou por ordem fundamentada da autoridade judiciaria competente, ou

seja, prisão preventiva ou temporária. Mas, aos militares especialmente se aplica também a hipótese de prisão pela prática de transgressão disciplinar (BRASIL, 1988). Ressalta-se que por conta da Lei nº 13.967/2019, que extinguiu a pena de prisão disciplinar para os policiais militares e bombeiros militares dos Estados e Distrito Federal, atualmente esse tipo de cerceamento de liberdade administrativo se encontra prejudicado, cabendo somente para integrantes das Forças Armadas (BRASIL, 2019).

Quanto ao tema da prisão, o artigo 18 do CPPM possibilita a prisão do indiciado durante a realização do inquérito pelo prazo de 30 dias, com prorrogação por mais 20 dias, desde que haja solicitação fundamentada da autoridade encarregada pelo inquérito ao Comandante da Região, Distrito Naval ou Zona Aérea (BRASIL, 1969; FERREIRA, 2016). Neste aspecto, a prisão fora dos casos de flagrante delito solicitada a um comandante militar, contraria a norma constitucional, pois o texto constitucional só autoriza ao juiz decretar prisão fora dos casos de flagrante delito, tratando-se de verdadeira cláusula de reserva jurisdicional. No entanto, para ser efetuada esse tipo de prisão, só é possível pelas modalidades de preventiva ou temporária que devem ser solicitadas pela autoridade encarregada ao juiz competente (NUCCI, 2019).

Frise-se que há entendimento em sentido contrário e que defende a constitucionalidade do artigo 18 do CPPM, mencionando como fundamento a própria Constituição Federal em artigo 5°, LXI da CF/88, mas aplicável somente quando se tratar de crime propriamente militar.

No art. 22, o legislador tratou do encerramento do inquérito por meio de um relatório minucioso, em que entre outras possibilidades, opina sobre a prática de transgressão disciplinar. Neste sentido, o §1º do artigo 22 do CPPM, complementa dispondo sobre a possibilidade da aplicação de punição disciplinar, que terá caráter administrativo (NUCCI, 2019). Esta hipótese ocorre no momento da homologação da solução por parte da autoridade que delegou a competência para apuração. Mas, conforme o princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa, sabemos que não é possível a aplicação de punição ao indiciado, de forma direta, a partir do IPM, sem ter a chance de defesa.

Isso porque o inquérito policial tem natureza inquisitiva, e por isso não há possibilidade do investigado se manifestar nos autos para contradizer as acusações. Ele serve apenas para colher provas mínimas a fim de

subsidiar o oferecimento da denúncia. Portanto, é necessário que haja um processo administrativo disciplinar, onde os princípios da ampla defesa, contraditório, devido processo legal, duplo grau de jurisdição e recursos, entre outros possam ser garantidos antes de um julgamento e aplicação de sanção. Em razão disso, repisamos que esta parte do parágrafo §1º do art. 22 é incongruente com os princípios constitucionais (FERREIRA, 2016; NUCCI, 2019).

No §2° do art. 22, o CPPM há a permissão para que a autoridade delegante possa dar solução diversa da qual concluiu o responsável pela condução das investigações. Neste ponto também entendemos que há uma necessidade de superação, uma vez que deveria caber a posição final do relatório ao encarregado que acompanhou pessoalmente todas as diligências praticadas, ao invés de ficar adstrito à autoridade designante que só terá contato com os autos (NUCCI, 2019).

Por fim, cabe-nos discorrer o arquivamento do IPM pelo Ministério Público Militar diante das inovações do Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/19) e sua aplicabilidade sobre o Código de Processo Penal Militar. Neste sentido é importante destacar que o Ministério Público Militar é uma instituição permanente, possuindo como uma das funções, a defesa da ordem jurídica, e possui entre os seus princípios fundamentais a independência funcional. Essas características estão fundadas no art. 127, da CF/88 e que tem elementar importância no desempenho de sua função de fiscal da lei, e sua atuação no inquérito policial militar (CUNHA, 2020; LOPES JÚNIOR, 2020).

Como o Ministério Público Militar é o titular da ação penal pública, em decorrência disso, após o início do inquérito, a autoridade policial não poderá mandar arquivar os autos por sua própria vontade, mesmo que conclua pela inexistência de crime ou deduza que o investigado é inimputável. Somente o Ministério Público Militar pode requerer ao juiz que arquive os autos.

De acordo com a sistemática do CPPM, se o juiz discordar do pedido de arquivamento, remeterá os autos ao Procurador-Geral de Justiça do Estado do Maranhão que poderá mandar arquivar os autos e nesse caso o juiz será obrigado a arquivar. Existe a hipótese de o Procurador-Geral concordar com o juiz, e neste caso irá designar a outro membro do Minis-

tério Público para promover a ação penal de acordo com o que se verifica no artigo 24 do CPPPM (LIMA, 2020).

Mas o novo art. 28 do Código de Processo Penal Comum, alterado pela Lei 13.964/2019 diz que: "Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei". Considerando essa nova redação do artigo 28 do CPP, depreende-se que houve várias alterações sobre o arquivamento do Inquérito Policial e que elas também devem ser aplicadas ao Inquérito Policial Militar.

Neste sentido, Cunha (2020) afirma que o Ministério Público não mais ficará sujeito a apenas requerer o arquivamento, mas ele mesmo terá poderes para arquivar, assim o juiz não mais despacha homologando arquivamento do IP e nem se aplica mais o procedimento de devolução entre Juiz e Procurador-Geral, acabando definitivamente com o controle jurisdicional do Inquérito.

O *parquet,* depois de ordenar o arquivamento do IP, deverá comunicar a vítima, ao investigado e a autoridade policial, e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação ou possibilidade de revisão. Assim, entendemos que esse novo procedimento também deve ser aplicado ao IPM, quando for liberado sua eficácia, uma vez que por decisão do STF, está com a eficácia suspensa até decisão do Plenário (CUNHA, 2020; METZKER, 2020).

Na hipótese de o Ministério Público Militar não encontrar elementos suficientes para promover a ação penal, mas mesmo assim, com o intuito de prejudicar o indiciado, tentar promovê-la, o investigado, através de seu advogado, poderá impetrar *habeas corpus*, com o objetivo de trancar a investigação por falta de justa causa (NUCCI, 2019). Esse remédio constitucional é a saída para o investigado que nessa relação jurídica é o elo mais frágil, fugir de uma possível investigação baseada em provas falsas que poderá trazer desgaste a sua imagem e gastos financeiros desnecessários ao indiciado e ao Estado.

O Ministério Público Militar tem a faculdade, após receber os autos, se verificar que falta elementos indispensáveis ao oferecimento da denúncia, deverá devolver a autoridade policial militar o inquérito para que seja

realizado diligências complementares. Mas, é obrigação do Ministério Público Militar descrever com precisão e clareza o que deseja para o responsável pela condução do IPM. Apesar de não existir subordinação funcional entre os poderes, a autoridade policial tem a obrigação de realizar as diligências solicitadas se estiverem de acordo com a legislação em vigor, pois tal prerrogativa do Ministério Público decorre além da lei ordinária e da própria Constituição Federal que também que lhe atribui esse poder (LIMA, 2020).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito militar não é tão conhecido do mundo acadêmico por vários motivos, seja porque não é ensinado nos cursos de graduação em Direito, ou porque há poucos cursos de pós-graduações ou até mesmo porque não é uma área do conhecimento jurídico cobrado em provas do exame da ordem ou concursos públicos, salvo para cargos específicos. Entretanto, muitos profissionais e setores necessitam deste conhecimento, tal qual ocorre com os próprios militares que estão sujeitos em matéria criminal ao Código Penal Militar e ao Código de Processo Penal Militar, dentro de um ramo bem específico: a Justiça Militar.

Nessa esteira, o presente trabalho visou debater, ampliar e difundir para a comunidade acadêmica e jurídica, um recorte do estudo do direito processual penal militar, mais propriamente no âmbito da primeira fase da persecução penal, o que se mostra como um primeiro resultado positivo para este estudo, vez que como ressaltado, ainda é pouco conhecido.

No conteúdo, discutiu-se o Inquérito Policial Militar e sua previsão legal nos artigos 9° ao 28°, do Código de Processo Penal Militar, com objetivo de estudar, revisar, analisar e submetê-los ao crivo principiológico da Constituição Federal de 1988, pois o CPPM nasceu em plena ditatura militar no século passado e há dispositivos incongruentes com as normas jurídicas previstas na Carta Magna.

No estudo, constatamos que os princípios constitucionais, enquanto espécies de normas jurídicas devem servir de diretrizes para interpretação e aplicação do direito, uma vez que são verdadeiros azimutes direcionadores da vontade do povo e do constituinte.

Outra consideração importante de mencionar é o uso dos princípios da hierarquia e disciplina, bases e essência do militarismo, tem fundamento constitucional e tornam os militares como agentes públicos diferenciados em aos civis. Portanto, tomá-los por base foi fundamental para entender o Inquérito Policial Militar, assim como seus excessos e necessidade de estabelecimento de limites consubstanciado nos demais princípios da CF/1988.

À luz da CF/1988, concluímos que os artigos relativos ao Inquérito Policial Militar em desacordo com o ordenamento jurídico, não foram recepcionados como no caso do art. 14 e 17 do CPPM, a título de exemplo, e por isso devem ser evitados e não utilizados pelos aplicadores do direito e pelas instituições do sistema de justiça. Neste sentido, a pequena contribuição desta pesquisa se mostra fundamental para provocar novos estudos e ampliar as pesquisas nesta área do saber jurídico.

REFERÊNCIAS

BISCAIA, Ederson José. **O inquérito policial militar no âmbito das Polícias militares estaduais.** Faculdades Campo Real – Unicampo. Guarapuava, 2006. Disponível em: http://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/oipmnoambito.pdf. Acesso em: 12 out. 2020.

BORGES, Maria Juvani Lima; HUMIG, Luciana Lopes; MOREIRA, Jonniery dos Santos. **Papel da justiça militar da União**. Disponível em: https://www.stm.jus.br/o-stm. Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL. **Código de Processo Penal Militar.** Decreto lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del1002.htm. Acesso em: 22 jan. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **LEI nº 8.906/1994.** Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1994/lei-8906-4-julho-1994-349751-norma-pl.html. Acesso em: 12 out 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.967/2019**. Altera o art. 18 do Decreto-Lei nº 667, de 2 de julho de 1969, para extinguir a pena de prisão disciplinar para as polícias militares e os corpos de bombeiros militares dos Estados, dos Territórios e do Distrito Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13967.htm. Acesso em 31 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 542. **Aplicação de súmulas do STF,** 2020. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=3345. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 14**. Disponível em: http://stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante. Acesso em: 10 mar. 2021.

CUNHA, Rogério. **Pacote Anticrime.** 1. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

FERREIRA, Flávia Adriana. Constitucionalidade da detenção do militar durante as investigações do inquérito policial militar em relação aos crimes militares próprios. **Rev. "O Alferes".** Minas Gerais, v. 26, n. 68, p. 1-18, jan.-jun**.** 2016. Disponível em: https://revista.policiamilitar.mg.gov.br/periodicos/index.php/alferes/article/view/7. Acesso em: 12 out 2020.

GREGO, Rogério. **Atividade Policial**. Rio de Janeiro: Impetus, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 8.ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17ed. Ed. Saraiva, 2020.

MARANHÃO. **Lei nº 6.513/1995**. Estatuto da Polícia Militar do Maranhão. São Luís: ALEMA, 1995.

METZKEER, David. **Pacote Anticrime**. 1ed. Ed. Cia do Ebook, 2020.

MISSE, Michel. O inquérito policial no Brasil: Resultados gerais de uma pesquisa**.** ***Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social.***

Rio de Janeiro, v. 3, nº 7, p. 35-50, jan.-mar. 2010. Disponível em https://revistas.ufrj.br/index.php/dilemas/article/view/7199/5778. Acesso em 21 mar. 2021.

MISSE, Michel. O papel do inquérito policial no processo de incriminação no Brasil: algumas reflexões a partir de uma pesquisa. **Sociedade e Estado.** Brasília, v. 26, n. 1, p. 15-27, abr. 2011. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922011000100002&lng=en&nrm=iso. Acesso em 28 mar. 2021. DOI: https://doi.org/10.1590/S0102-69922011000100002

NUCCI, Guilherme de Sousa. **Código de Processo Penal Militar Comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana de Direitos Humanos. **Pacto de San José de Costa Rica**, 1969. Disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OEA-Organiza%C3%A7%C3%A3o-dos-Estados-Americanos/convencao-americana-de-direitos-humanos-1969-pacto-de-san-jose-da-costa-rica.html. Acesso em: 12 out. 2020.

A EXEGESE DO ART. 14, § 8º, INCISO I E II DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Luiz Alexandre Souza da Costa[90]

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca analisar a exegese da administração pública e do Poder Judiciário em relação ao artigo 14, § 8º, incisos I e II, da Constituição da República. Tal mandamento, inserido no Capítulo IV da Lei Maior, relaciona os direitos políticos, bem como regula e restringe a elegibilidade dos militares.

Nesse contexto, discute-se a interpretação do referido diploma legal, levada a termo pelas autoridades administrativas no estado do Rio de Janeiro e, ainda, por decisões de Tribunais de Justiça Estaduais e Superiores, os quais aumentaram o grau de restrição dos direitos políticos de uma parcela de profissionais que exercem determinadas funções de Estado. *Pari passu*, através de uma investigação doutrinária e jurisprudencial, busca-se confirmar ou refutar a hipótese que tais atos, perpetrados pela administração pública e adotados por parte da jurisprudência, estão ou não abarcados pela legalidade/constitucionalidade; e, estando, que grau essa mitigação de direitos deveria ocorrer.

90 Doutorando em Ciência Política pelo IESP-UERJ e Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal; em Direito Militar; em Direito Constitucional; em Sociologia; e em Metodologia do Ensino Superior.

Destaca-se que o estado democrático de direito, o qual o Brasil se encontra em exercício, busca se amparar em normativas severas, sendo tais preceitos positivados, direta ou indiretamente, na Constituição Federal. Dentre esses princípios temos a cidadania, o pluralismo político, a igualdade e a representatividade eleitoral. Desse modo, o que se aduz desses axiomas é que não deveria haver discrepâncias no tratamento dos indivíduos em seus direitos fundamentais, a não ser aquelas impostas pela própria Constituição e, somente, existindo reais necessidades. De toda sorte, tais reduções de direitos, mesmo quando ocorram, devem ser sobrepesadas com as garantias inerentes ao estado de direito e a democracia.

No tocante aos agentes públicos, temos uma classe *sui generis*, a qual, devido à natureza de sua função, são impostas restrições próprias. Tais agentes, denominados militares, são os responsáveis tanto pela segurança externa do país (Forças Armadas) quanto pela segurança pública interna e defesa civil (polícias e bombeiros militares).

Face à natureza de suas funções, a quantidade de agentes armados e sua organização, é compreensível a necessidade de lhes impor normas particulares. Até porque, estes têm deveres especiais em relação ao Estado e, assim, compromissos mais austeros quando comparados aos civis.

Diversas foram as mitigações de direitos impostas a essa categoria pelo constituinte. Entretanto, mesmo havendo contingências impostas a esses profissionais, insculpidas no texto constitucional e reguladas nas legislações infraconstitucionais, é imprescindível debater sobre interpretações extensivas a tais normas, sob risco de classificá-los como indivíduos de segunda classe, que não podem gozar de direitos fundamentais inerentes aos seus compatriotas civis.

O Brasil possui um efetivo militar ativo acima de oitocentos e quarenta mil indivíduos. As Forças Armadas têm em torno de trezentas e sessenta mil pessoas, somadas aos quatrocentos e oitenta mil policiais e bombeiros militares (IPEA, 2019). Ou seja, uma parcela considerável de brasileiros é parte integrante das profissões castrenses.

Todavia, pergunta-se, sob uma análise sistemática da Constituição Federal: deveriam a administração pública e o Poder Judiciário interpretar as normas para essa categoria profissional de forma a minimizar a disparidade entre eles e os servidores públicos, prevalecendo o princípio

hermenêutico da unidade constitucional? Ou deveriam, através de uma compreensão da norma constitucional *in malam partem*, agravar diferenças?

Numa ótica jurídica, deve-se ter como postulado que as restrições de direitos só podem ocorrer por força de mandamento constitucional e/ou legal e, mesmo assim, da forma mais branda possível, a depender do impacto que representam. Não se poderia fazê-las – as restrições – interpretando as normas de modo extensivo sob o arbítrio do administrador ou mesmo do julgador, por medo ou preconceito. E o medo/preconceito, com fundamentos na historicidade nacional, cuja interferência militar indevida nos rumos políticos do país foi intensa, são argumentos utilizados para a mitigação de direitos desses agentes.

Dessa forma, para analisar o tema proposto, o presente artigo foi dividido em três partes. A primeira relaciona as restrições constitucionais dos militares, tendo como foco aquelas relativas aos seus direitos políticos; a segunda analisa o texto constitucional perante a própria Constituição Federal e o léxico, a fim de buscar entender o que visam as expressões referentes ao tema; o terceiro capítulo aborda o entendimento e a jurisprudência de Tribunais de Justiça, do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e do Supremo Tribunal Federal (STF); finalmente, na conclusão, discorre-se sobre as análises doutrinárias e jurisprudenciais, apontando as incongruências nas decisões da administração pública e do próprio Poder Judiciário.

O método utilizado para esta investigação foi o hipotético-dedutivo, numa abordagem qualitativa. Dessa maneira, foi utilizada bibliografia ao tema em estudo, através da leitura da legislação, de doutrinas e jurisprudências.

1. OS MILITARES E SUAS RESTRIÇÕES CONSTITUCIONAIS

Inicialmente, importante destacar, para a correta diferenciação do porquê da existência de estamentos jurídicos diversos, que militares não são servidores públicos. Essa afirmação provém da vontade direta do legislador constituinte derivado, expressa pela Emenda Constitucional nº18/1998, que alterou o regime constitucional dos militares.

Dessa sorte, a referida emenda retirou dos militares estaduais a categorização de "Servidores Públicos Militares", denominando-os "Militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios". Paralelamente, alterou a nomenclatura dos "Servidores Públicos Civis" para "Servidores Públicos". Em relação às Forças Armadas, a mudança ocorreu na introdução do parágrafo 3º, do artigo 142 da CRFB/88, denominando seus membros como, simplesmente, "militares". Sobre esse assunto, leciona Di Pietro (2013, p.592):

> Os militares abrangem as pessoas físicas que prestam serviços às Forças Armadas [...] e às Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares dos Estados, Distrito Federal e Territórios (art. 42), com vínculo estatutário sujeito a regime jurídico próprio [...]. Até a Emenda Constitucional nº 18/98, eram considerados servidores públicos, conforme artigo 42 da Constituição [...].
>
> A partir dessa Emenda, ficaram excluídos da categoria, só lhes sendo aplicáveis as normas referentes aos servidores públicos quando houver previsão expressa nesse sentido [...].

A autora destaca a natureza jurídica da função pública que esses agentes exercem e a restrição de sua similaridade com os servidores públicos. Nesse contexto, a ruptura entre servidores civis e militares, inserida pela EC nº 18, não se deu apenas por mero teor valorativo da profissão, mas buscou distinguir mais as diferenças existentes.

Pode-se depreender, numa análise apurada da Carta Magna, que as diversas restrições presentes no ordenamento jurídico em relação à "carreira das armas" existem tanto para que se dediquem à nação quanto para obstaculizar que tais agentes se voltem contra o governo civil. Dessa maneira, os militares não são detentores de vários direitos conferidos aos civis. Assim, eles estão excluídos de garantias trabalhistas, como carga horária, horas-extras, adicionais noturnos, de periculosidade e de insalubridade; bem como a obrigatoriedade de repouso semanal remunerado. Afinal, numa guerra não existe jornada máxima de trabalho ou, tampouco, horas-extras.

Ainda sobre as relações de trabalho, o art. 142 da CRFB/88 e seus parágrafos estipulam outras continências, porquanto os militares não podem ser sindicalizados; acumular cargos públicos concomitante com o da

caserna;[91] e ao assumirem função, cargo ou emprego público temporário e, neles, ultrapassar dois anos, vão compulsoriamente para a reserva remunerada - recebendo apenas proventos proporcionais ao tempo de serviço. Notadamente, levam vantagem os servidores públicos em todos esses quesitos, pois podem se sindicalizar, se afiliar a partidos políticos e assumir função ou cargo temporário por período indefinido, sem serem aposentados com uma fração dos proventos.

Em relação aos direitos fundamentais e individuais, como a liberdade física e de expressão, os militares também estão em desvantagens. Enquanto o artigo 5º, inciso LXI, da Magna-Carta prevê a possibilidade da prisão de civis estritamente em flagrante delito e ordem judicial, os militares estão propensos a perder sua liberdade caso cometam transgressões administrativas, dentro ou fora do trabalho, sem direito ao remédio heróico do *Habeas Corpus* (art. 142, §2º da CRFB/88). Também podem ser presos cautelarmente quando indiciados por crimes propriamente militares, através de ordem expedida por autoridade policial militar, por um período de até 50 dias- conforme o Código de Processo Penal Militar (1969) -, independe de ordem judicial. Até mesmo a liberdade de expressão é suprimida pela legislação, presente no Decreto Lei 1.001/69 (Código Penal Militar), onde, em seu artigo 166, prevê o crime de Publicação ou Crítica Indevida, que se consuma ao "[...] criticar publicamente ato de superior ou assunto atinente à disciplina militar, ou a qualquer resolução do Governo".

Finalmente, no tocante ao tema que se debruça a pesquisa, temos os direitos eleitorais dos militares. São quatro pontos que a CRFB/88 vai diferenciá-los dos civis nesse aspecto: a) proibição dos conscritos[92] em votarem e serem votados (art. 14, §8º); b) impossibilidade de filiação partidária (art. 142, §3º, inciso V), sendo alistáveis somente pela indicação de partido no período da homologação da candidatura; c) reserva remunerada compulsória caso eleitos (art. 14, §8º, inciso II); e d) agregação da função

91 A Emenda Constitucional 101/2019 passou a permitir a acumulação de um cargo de professor com o de militar estadual, caso haja compatibilidade de horários e com prevalência deste último.

92 Previsto no Decreto nº 57.654/1966 como sendo: "Brasileiros que compõem a classe chamada para a seleção, tendo em vista a prestação do Serviço Militar inicial". É o termo empregado ao cidadão convocado e incorporado às Forças Armadas durante o serviço militar obrigatório.

militar caso contem com mais de dez anos de serviço (art. 14, §8º, inciso II) ou o *afastamento* da função, caso contem com menos de 10 anos (art. 14, §8º, inciso I).

Os conscritos, juntamente com analfabetos e estrangeiros, são impossibilitados de se eleger. Nesse caso, Casseb (2011, p. 64) classifica-os como tendo uma inelegibilidade absoluta, pois estão inseridos "[...] na hipótese em que a possibilidade de lançamento de candidatura [...] é terminantemente vedada [...] em quaisquer circunstâncias, ou seja, trata-se do grau máximo de inexigibilidade".

O autor esclarece que a restrição ao voto dos conscritos deriva de, devido a estarem subordinados forçosamente a um regime militar severo, ficam vulneráveis e terem sequestrada a autonomia de vontade em relação ao pleito. Porém, de forma inversa, o legislador constituinte entendeu que militares de carreira, por terem aderido à vida castrense voluntariamente, estariam resguardados de terem a autonomia volitiva diminuída, sendo-lhes permitido votar.

No tocante à inelegibilidade absoluta não restam celeumas a serem debatidas. Entretanto, ao pender sobre os incisos I e II, §8º, do art. 14 da CRFB/88, o texto provoca aguerridas controvérsias. Daí decorre a denominação que Casseb (ibid., p. 66) dá sobre a inelegibilidade relativa, que:

> [...] compreende impedimento que recai sobre algumas pessoas para a disputa de determinadas eleições, em circunstâncias especiais. Configura-se situação bem distinta da inelegibilidade absoluta, porque na relativa, por exemplo, determinadas pessoas poderão disputar eleições, exceto para cargos específicos [...] ou mediante condições ou providências (art. 14, §8º da CF).

Assim, ensina o autor que tais restrições buscam a igualdade política, a legitimidade das eleições, o impedimento de abuso de poder econômico e a utilização indevida da função pública. Segundo ele, para as forças militares, tais restrições se devem à necessidade de que aquelas não se confundam com partidos, características de Estados ditatoriais, onde são adotados sistemas restritivos eleitorais, como o unipartidarismo.

De todo modo, resta dissecar as expressões empregadas no artigo 14, §8º, incisos I e II da Carta Magna, as quais irão balizar as normas infra-

constitucionais que determinam a inelegibilidade relativa dos militares de carreira, determinando o modo de seu afastamento da função.

2. O TERMO "AFASTAR" NA CRFB/88 E O PRINCÍPIO HERMENÊUTICO DA UNIDADE NA CONSTITUIÇÃO

Preliminarmente ao debate sobre o entendimento da administração pública ou do Poder Judiciário, deve-se debruçar sobre o ponto nevrálgico para essa pesquisa, que é a interpretação das palavras "agregado" e "afastar", empregadas no art. 14, §8º, incisos I e II da CRFB/88. Desse modo, primordial analisar contexto e semântica para compreender a divergência existente.

À palavra "agregado" não cabe uma interpretação semântica, mas tão somente o significado que tem para a situação jurídica dos militares. Define o Estatuto dos Militares (1980) sobre o instituto da agregação:

> Art. 80. Agregação é a situação na qual o militar da ativa deixa de ocupar vaga na escala hierárquica [...], nela permanecendo sem número.
>
> Art. 82. O militar será agregado quando for afastado temporariamente do serviço ativo por motivo de: [...]
>
> XIV - ter-se candidatado a cargo eletivo, desde que conte 5 (cinco) ou mais anos de serviço.

Insta destacar que os Estatutos da Polícia Militar (1980) e do Corpo de Bombeiros (1985) fluminenses copiam o texto acima. Portanto, será utilizada a norma federal como referência para esta pesquisa.

Esmiuçando o texto, e fazendo uma analogia com os servidores públicos, a agregação é uma situação jurídica a qual o militar deixa, de forma ficta, por motivo do afastamento de suas atividades, de constar temporariamente na sua classe. Assim, um cargo para aquela classe fica vago, podendo haver a promoção de outro para seu lugar. A agregação pode ser motivada por diversos fatores, como cumprimento de condenação penal ou na ocorrência do crime de deserção[93].

93 O crime de deserção ocorre quando um militar fica, sem permissão, por mais de oito dias

Já no tocante à palavra "afastar", devemos nos socorrer ao léxico e entender sua semântica. No dicionário Michaelis seu significado é: "1. Tirar de perto; Apartar; 2. Pôr longe; pôr de lado". Já no Dicionário de Evanildo Brachara, "afastar" significa: "1. Colocar-se (alguém ou algo) distante; 2. Separar alguém ou algo próximo". Percebe-se que tal palavra deve ser usada quando o interlocutor quer provocar um distanciamento entre objetos e/ou pessoas.

Na análise do texto constitucional, as palavras "afastar", "afastada(o)" ou "afastamento" são encontradas treze vezes. Em onze delas, se referem a algo momentâneo, passageiro. Como exemplo dessa temporalidade, podemos citar o afastamento de autoridades no caso de uma intervenção federal, a posse em cargo eletivo de servidor público – que continuará sendo promovido por antiguidade - ou mesmo o processo de *impeachment* do Presidente da República:

> Art. 35 [...] § 4º Cessados os motivos da intervenção, as autoridades afastadas de seus cargos a estes voltarão, salvo impedimento legal.
>
> Art. 38. [...] I - tratando-se de mandato eletivo federal, estadual ou distrital, ficará afastado de seu cargo, emprego ou função;
>
> II - investido no mandato de Prefeito, será afastado do cargo, emprego ou função, sendo-lhe facultado optar pela sua remuneração;
>
> [...] IV - em qualquer caso que exija o afastamento para o exercício de mandato eletivo, seu tempo de serviço será contado para todos os efeitos legais, exceto para promoção por merecimento.
>
> Art. 86 [...] § 2º Se, decorrido o prazo de cento e oitenta dias, o julgamento não estiver concluído, cessará o afastamento do Presidente, sem prejuízo do regular prosseguimento do processo.

Ou seja, tirando o previsto no art. 95, V, da CRFB/88, que versa sobre período de quarentena do magistrado após seu "afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração" para exercer a advocacia – ato jurídico intrinsecamente definitivo -, o legislador constituinte optou por utilizar a

sem comparecer ao seu quartel.

palavra "afastar", sempre, como sinônimo de distanciar temporariamente pessoas de seus cargos ou funções. De forma que, cessando os motivos do afastamento, pudessem ser reconduzidas, retornando ao *status* anterior. Incluem-se, nesses casos, os servidores públicos, de acordo com o art. 38 da CRFB/88, que, com qualquer tempo de serviço público, tanto ao se candidatarem quanto ao fim de mandato eletivo, retornam aos cargos.

Tal fato gera uma clara dicotomia e desequilíbrio de direitos políticos entre civis e militares, que é justificada, por vezes, pelo temor da carreira das armas. Martins (2009, p. 808) transparece esse posicionamento ao escrever sobre a inelegibilidade relativa dos militares, onde menciona o incremento do número de agentes e seu interesse por representação política: "[...] os limites devem ser cuidadosamente traçados, diante do histórico lamentável de interferências recíprocas entre as classes política e militar no passado brasileiro [...]". Ou seja, a diferenciação se daria por um contexto histórico e não jurídico.

3. A EXCLUSÃO DEFINITIVA OU O AFASTAMENTO TEMPORÁRIO

Na lógica que deve haver uma unidade constitucional interpretativa e a não existência de abismos entre agentes públicos, a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná se manifestou em Acórdão, de maio de 2010, sobre o tema:

> [...] Ocorre que os direitos políticos, corolários do princípio fundamental previsto no art. 1º, parágrafo único, da CF [...] não podem ser interpretados restritivamente, sob pena de inobservância à regra hermenêutica da máxima efetividade da Constituição, sobretudo em se tratando de direitos fundamentais, como são tais direitos do cidadão.
>
> [...] Por conta disso, não se pode querer emprestar à disposição do art. 14, §8º, I, da CF a interpretação de que o militar com menos de 10 (dez) anos de serviço, a rigor, não tem capacidade eleitoral passiva, salvo se for excluído da corporação. Do contrário, estar-se-ia dando interpretação restritiva ao direito fundamental do cidadão de, em regra, votar e ser votado.

> [...] Outrossim, a interpretação histórica, a partir da análise das cartas constitucionais anteriores, demonstra claramente a intenção do constituinte de 1988 de abolir do ordenamento constitucional a regra que exigia a exclusão do militar com menos tempo de serviço para gozar de plena capacidade eleitoral. Basta observar que a CF/1967 e a EC nº 01/69, dispunham, em seus artigos 145 e 150, respectivamente, que o militar que tiver menos de cinco anos de serviço será, ao se candidatar a cargo eletivo, excluído do serviço ativo, ao passo que a CF/1988 prevê que o militar, se contar menos de dez anos de serviço, deverá afastar-se da atividade.
>
> [...] não se pode ignorar que, a par do princípio hermenêutico da unidade da constituição, é incorreto interpretar diversamente o termo afastar previsto para os servidores militares (art. 14, §8º, I, da CF) do mesmo termo utilizado para o caso dos servidores civis (art. 38, I é IV, da CF). Ou seja, analisada a norma em destaque não isoladamente, mas no todo da Carta Política, [...] o afastamento a que ela se refere é temporário, não colocando, desse modo, o militar "entre as urnas e a espada".
>
> PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível nº 622770-3. Relator Desembargador Eugênio Achille Grandinetti.

Dessa maneira, o Tribunal paranaense se posicionou no sentido de que a falta de uma exegese que proporcione uma unidade constitucional, ao tratar de direitos fundamentais de agentes públicos, não poderia ocorrer. Ainda, ressaltou que a mudança no texto da Constituição de 1967 – e sua Emenda Constitucional nº 1 de 1969 – para a Carta atual, foi uma evolução baseada nos princípios democráticos. Porém, apesar desse precedente ser digno de destaque no tocante a uma hermenêutica que prestigia a unicidade constitucional e a igualdade de direitos, este entendimento não vem sendo utilizado pela administração pública e, tampouco, pelo Poder Judiciário pátrio, incluindo o Tribunal de Justiça fluminense, o TSE e o STF.

Se debruçando sobre o Rio de Janeiro, dois códexes versam sobre as normas relativas aos direitos e deveres dos militares, que são os Estatutos do Bombeiro e da Polícia Militar. O da Polícia Militar entrou em vigor em 1981, através da Lei nº 443, e o do Bombeiro, pela Lei nº 880, entrou

em vigor em 1985. Ou seja, ambos são anteriores à atual Constituição da República, tendo como parâmetro a Carta de 1967 e a Emenda nº 01/1969.

Assim, seguindo o texto constitucional à época em vigor, que determinava que o militar com menos de cinco anos de serviço seria excluído do serviço ativo ao se candidatar, os estatutos fluminenses versaram idênticos:

> Os [...] militares alistáveis são elegíveis, atendidas as seguintes condições:
>
> a) se contarem menos de 5 (cinco) anos de serviço serão, ao se candidatarem a cargo eletivo, excluídos do serviço ativo, mediante demissão ou licenciamento ex-ofício; e
>
> b) se em atividade, com 5(cinco) ou mais anos de serviço, ao se candidatarem a cargo eletivo, serão afastados, temporariamente, do serviço ativo e agregados, considerados em licença para tratar de interesse particular, se eleitos, serão, no ato da diplomação transferidos para a reserva remunerada, percebendo a remuneração a que fizerem jus, em função do tempo de serviço.

As redações encontram-se em sincronia com a Emenda nº 01/1969 e não com a CRFB/88. Portanto, aqueles que entendem que, atualmente, o afastamento do militar com menos de 10 anos de efetivo serviço, ao se candidatar a um cargo eletivo, deve ser permanente, têm como premissa que a Constituição de 1988 endureceu ainda mais a norma restritiva da EC 01/69. Sendo assim, seguindo o raciocínio de um maior endurecimento normativo, o constituinte teria ido de encontro ao que se poderia esperar de uma carta política que se firmou como a mais democrática e garantidora de direitos da história, aumentando de cinco para dez anos o tempo de serviço para que militares pudessem se candidatar sem serem demitidos, por mero receio de uma participação política desses agentes.

Noutro ângulo, sob uma interpretação sistemática da Constituição, pode-se entender que, apesar de ampliado o prazo para um mínimo de dez anos de serviço para a candidatura dos militares, a redação foi alterada para compensar esse aumento. Enquanto o texto de 1967 (art. 145) e o de 1969 (art. 150) determinavam que os militares, com menos de cinco anos, seriam "excluídos", o termo na Constituição atual é o de "afastamento".

E excluir é diferente de afastar, pois, se fossem sinônimos, o afastamento não seria empregado tantas vezes na CRFB/88 como situação temporária e momentânea. Assim, pode-se concluir que o legislador constituinte, ao mesmo tempo que endureceu a norma, aumentando de cinco para dez anos, a abrandou, ao utilizar a expressão afastamento, não planejando que os militares fossem excluídos.

Dessa forma, voltando aos estatutos fluminenses, percebe-se que estes e a CRFB/88 estão em desalinho. Aqueles, ainda acompanhando o texto da Emenda de 1969, preveêm um prazo de cinco anos de serviço para a candidatura e, ao se candidatar sem esse lapso temporal mínimo, o agente será *excluído*. Já a atual Carta de Direitos prevê dez anos de serviço para a candidatura, com o *afastamento* do militar caso tenha menos tempo. Pode parecer óbvio a regra a ser usada, porém não é o que ocorre.

A administração militar fluminense vem aplicando, desde 2014, as piores interpretações. Desde então, os militares que tinham menos de dez anos de serviço ao se candidatar perderam seus empregos.

Os militares excluídos levaram o tema ao judiciário, que se manifestou diversas vezes, ora utilizando os prazos estatutários, ora os constitucionais. Assim, até 2018, as decisões do TJRJ versaram no caminho de prestigiar o prazo quinquenal dos estatutos dos militares, sob alegação de que a Constituição Federal permite, em seu artigo 42, §1º, que lei estadual defina normas próprias para as polícias e bombeiros militares. É o que se verifica na Apelação nº 0292001-56.2016.8.19.0001 e no Agravo nº 0053008-28.2016.8.19.0000. Entretanto, cabe destacar o voto do relator no Agravo nº 0070952-09.2017.8.19.0000, Desembargador Juarez Fernandes, que esquadrinhou o art. 14, §8º, I, da CRFB, numa interpretação similar a do Tribunal paranaense- mencionada alhures -, alinhado ao espírito do Constituinte de 1988:

> [...] na redação adotada pela Constituição de 1988 a expressão "afastar-se da atividade" não pode ser interpretada como "excluído do serviço ativo". O termo afastamento não possui, necessariamente, a conotação de algo definitivo, pois a mesma Carta trata de outros afastamentos, sempre com a conotação de que sejam temporários.
>
> [...] Se procedermos uma análise histórica da evolução constitucional brasileira, veremos que o constituinte originário, em 1988,

> não acolheu sem razão o termo "afastar-se do serviço", deixando de lado a expressão "excluído do serviço ativo". Acresça-se a isso a interpretação sistemática da atual Carta Política, que, em outras passagens, não empresta ao afastamento o sentido de situação definitiva ou imutável.
>
> Logo, conclui-se que não se trata de imposição do licenciamento definitivo das fileiras das Forças Armadas, e das Forças Auxiliares, do militar com menos de dez anos de serviço. [...] a Constituição define a República Federativa do Brasil como Estado Democrático de Direito, o qual se sustenta, dentre outros, pelo princípio democrático, onde os direitos políticos, dentre os quais a elegibilidade, são direitos universais, expressos nas declarações de direitos, ínsitos ao princípio democrático e, portanto, pilares do Estado Democrático de Direito. Daí a gravidade de se impor o licenciamento definitivo das Forças Armadas ou Auxiliares do militar com menos de dez anos de serviço.
>
> Ao admitir que "afastar-se" quer dizer ser excluído, demitido, licenciado definitivamente das fileiras da Corporação, passamos a inibir a participação política do militar, pois o militar com menos de dez anos de serviço, apenas por pretender participar da vida política do país, candidatando-se, deverá abrir mão de seu emprego, definitivamente. RIO DE JANEIRO. TJRJ. Agravo de Instrumento nº 0070952-09.2017.8.19.0000. Relator Desembargador Juarez Fernandes Folhes.

Entretanto, houve um giro de posição em três decisões recentes do TJRJ. A primeira, em 2018, na Apelação nº 0409256-35.2016.8.19.0001; e as outras, em 2019, na Apelação nº 0213464-12.2017.8.19.0001 e no Agravo nº 0070206-10.2018.8.19.0000, entendo que o afastamento previsto no art. 14, §8º, I, da CRFB/88 é uma exclusão definitiva da função pública. Nesse sentido, essas decisões contradizem as anteriores, se restringindo à literalidade do artigo constitucional e impondo aos militares um ônus desigual frente aos civis.

Por força de honestidade intelectual, importante destacar que as últimas decisões do TJRJ vêm amparadas em entendimentos do STF que,

por duas vezes, se manifestou. A primeira, em 16 de março de 2011, por decisão do Pleno, no Recurso Extraordinário 279.469.

O Recurso Extraordinário se originou na exclusão de um policial militar do Rio Grande do Sul que, com menos de 10 anos de serviço, se candidatou, sendo excluído. O Tribunal de Justiça determinou sua reinclusão, entendendo que o afastamento seria temporário. O ente público interpôs recurso, chegando ao Supremo no ano 2000, tendo como parecer do Relator original, o Ministro Maurício Corrêa, o seguinte argumento:

> É evidente, portanto, que as expressões "exclusão do serviço ativo" e "afastamento" têm conotação diversa: a primeira traz nítida a ideia de situação definitiva e irreversível, enquanto a segunda traduz condição imediata de provisoriedade.
>
> Penso que os regulamentos castrenses devem adaptar-se à nova realidade, fazendo prever a hipótese de afastamento do militar com menos de dez anos, mediante licença específica, com ou sem remuneração [...]. O que não se pode admitir é que em tais casos, obrigatoriamente, haja a exclusão do militar que, mutatis mutandis, ficará desempregado [...], apenas porque optou por exercer o direito de, enquanto cidadão, poder concorrer a cargo eletivo.
>
> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 279.469. Relator: Ministro Maurício Corrêa.

Somente em 2011, com novo Relator, por maioria de votos foi julgado o recurso, corroborando a Resolução nº 20.598, de 13 de abril de 2000, do Tribunal Superior Eleitoral, onde afirma que o termo "afastamento", previsto na Constituição – diferentemente das outras 11 vezes – seria definitivo e não temporário. Novamente, em dezembro de 2016, a Suprema Corte se manifestou no mesmo sentido ao julgar o Recurso Extraordinário nº 974.458/PR, distanciando-se da unicidade constitucional e decidindo por apequenar os direitos políticos dos militares.

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou analisar a interpretação da administração pública, bem como jurisprudências de Tribunais e de Cortes Superiores,

no tocante às normas do art. 14, §8º, da Constituição Federal. Para isso, discorreu sobre restrições constitucionais impostas aos militares inseridas pelo constituinte; e, dentre essas, a restrição para a candidatura, objeto desse estudo.

Assim, coube discutir dois aspectos: um deles mais genérico, que envolve militares federais e estaduais; e outro que abarca tão somente os militares de alguns estados, como o Rio de Janeiro. O primeiro, e sob o ponto de vista desse trabalho o mais importante, é se o afastamento previsto no inciso I, do §8º, é de caráter definitivo ou temporário, numa análise hermenêutica pela unidade constitucional. Para isso, coube buscar na própria Carta de Direitos as mesmas expressões e seus contextos. Já o segundo, amparado por decisão do Tribunal de Justiça fluminense, é se as normas do art. 14, §8º, inciso I, são válidas somente quando não houver norma própria estadual, normatizando as candidaturas de seus militares.

No primeiro ponto, ao analisar a CRFB/88, o termo "afastamento" é praticamente unânime na momentaneidade da ação, visando apenas distanciar aquele agente de sua função. Desse modo, a norma imposta aos militares não deveria ser diferente, sob pena de haver uma interpretação diferenciada exclusivamente para eles. Seria, de maneira transversa, impedir um cidadão ao seu direito pleno de participar da vida política devido ao seu ofício, pois, se dela quisesse participar, perderia seu emprego. Nessa ótica, o afastamento previsto na Magna-Carta poderia se configurar como uma licença sem vencimentos, ao contrário da agregação, os quais são mantidos. Porém, em ambos os casos, não se elegendo, com o retorno do militar ao seu labor.

Já o segundo ponto tem como premissa que a norma constitucional realmente determinaria a exclusão do militar quando este, contando menos de dez anos de serviço, se candidatasse. Porém, conforme uma série de decisões do TJRJ, essa não se aplicaria aos militares estaduais. Isso se deve ao fato de a jurisprudência fluminense entender que a CRFB/88 permitiu aos Estados editar normas próprias sobre seus militares e, havendo, elas devem ser aplicadas. E assim seria o caso fluminense, onde tanto a Polícia como o Bombeiro Militar têm estatutos pré-constituição federal que impõe um limite temporal de cinco anos entre a entrada no serviço ativo e a candidatura, sem que ocorra sua exclusão. Portanto, até caberia

a exclusão, porém, o prazo estaria definido pela lei estadual e não pela Constituição Federal.

Todavia, as recentes decisões do TJRJ foram contrárias à sua própria jurisprudência. Dessa forma, impuseram que tanto a exclusão é válida quanto o lapso temporal a ser aplicado é o de dez anos entre posse e candidatura.

Destarte, o artigo da Constituição em comento vem causando diversas celeumas, tanto no âmbito administrativo quanto jurídico. Apesar de se entender que o cerne do debate envolve, primordialmente, uma exegese da palavra "afastamento", sendo a melhor forma de resolver essa questão pelo acompanhamento e unicidade da expressão no texto constitucional, não se agravando a situação de determinados indivíduos pela profissão, parece que haverá um longo caminho para se unificar um entendimento, seja ele pela administração pública ou pelo Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto nº 57.654, de 20 de janeiro de 1966. **Regulamenta a Lei do Serviço Militar**. Disponível em: http://bit.ly/2GhcZJj. Acesso em: 10 jul. 2019.

_____. Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. **Código Penal Militar**. Disponível em: http://bit.ly/2Rkxgnz. Acesso em: 07 jul. 2019.

_____. Decreto-lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969. **Código de Processo Penal Militar**. Disponível em: http://bit.ly/2TN2uoY. Acesso em: 05 jul. 2019.

_____. Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980. **Estatuto dos Militares**. Disponível em http://bit.ly/38wuu4g. Acesso em: 10 jun. 2019.

_____. **Ministério da Defesa: Efetivos**. Disponível em: http://bit.ly/2Oeue27. Acesso em: 15 jan. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 279.469**. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Disponível em: http://bit.ly/2Gb2xTE. Acesso em: 10 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 974.458**. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: http://bit.ly/2Gb2veu. Acesso em: 10 out. 2018.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução nº 20.598**. Relator: Ministro Costa Porto. Disponível em: http://bit.ly/38uYRYR. Acesso em: 10 out. 2018.

CASSEB, Paulo Adib. Elegibilidade dos militares, *in* RAMOS, Dircêo Torrecilhas; ROTH, Ronaldo João; COSTA, Ilton Garcia (orgs.). **Direito Militar: doutrina e aplicações**. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

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

MARTINS, F. B. Militares e Eleições: Agregação, Afastamento e Despolitização da Caserna. In: Marcos Juruena Villela Souto. (Org.). **Direito Administrativo: Estudos e Homenagem a Francisco Mauro Dias**. 1ed.Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, v., p. 805-818.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. **Apelação Cível nº 622770-3**. Relator Desembargador Eugênio Achille Grandinetti. Disponível em: http://bit.ly/2GdZtpF. Acesso em: 07 mar. 2019.

RIO DE JANEIRO. Lei nº 443, de 1 de julho de 1980. **Estatuto dos policiais militares do Estado do Rio de Janeiro**. Disponível em: http://bit.ly/2RlZajb. Acesso em: 07 out. 2019.

_____. Lei nº 880, de 25 de julho de 1985. **Estatuto Dos Bombeiros Militares do Estado do Rio De Janeiro**. Disponível em: http://bit.ly/2Rjh71E. Acesso em: 15 jan. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação Cível nº 0292001-56.2016.8.19.0001**. Relator Desembargador Cezar Augusto Rodrigues Costa. Disponível em: http://bit.ly/36kaLU6. Acesso em: 07 out. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Agravo de Instrumento nº 0053008-28.2016.8.19.0000**. Relator Desem-

bargador Cezar Augusto Rodrigues Costa. Disponível em http://bit.ly/2RHBCEb. Acesso em: 07 out. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Agravo de Instrumento nº 0070206-10.2018.8.19.0000**. Relator Murilo Kieling. Disponível em: http://bit.ly/2RLMrVI. Acesso em: 07 out. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação nº 0213464-12.2017.8.19.0001**. Relator Desembargador Milton Fernandes De Souza. Disponível em: http://bit.ly/3aDEI50. Acesso em: 07 out. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação Cível nº 0409256-35.2016.8.19.0001**. Relator: Des. Eduardo De Azevedo Paiva. Disponível em: http://bit.ly/2RA2hmc. Acesso 7 out. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Embargos de Declaração em face do Acórdão que deu provimento ao Agravo De Instrumento nº 0070952-09.2017.8.19.0000**. Relator Desembargador Juarez Fernandes Folhes. Disponível em: http://bit.ly/2NQYQH3. Acesso em: 07 out. 2019.

SANTOS, Cláudio H. M. et al. Entrada em inatividade dos militares estaduais brasileiros: quadro comparativo e projeções. **Carta de Conjuntura nº 43. Rio de Janeiro: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão**; Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 2019. Disponível em: http://bit.ly/37JvMsC. Acesso em: 20 dez 2019.

CIDADANIA FISCAL NA PRÁTICA: UMA ALTERNATIVA PARA O CIDADÃO ADMINISTRAR SEU IMPOSTO POR MEIO DE DOAÇÕES LEGAIS FEITAS NO IMPOSTO DE RENDA

Carlos Lopatiuk[94]

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por objetivo analisar as formas de doações legais que se constituem em uma forma do cidadão administrar seu imposto e ou contribuição ao governo federal. Por fins pode garantir a execução de um direito de saber onde vai ser aplicado o dinheiro dos seus impostos e por fim operacionalização da lei de acesso à informação na gestão pública e seus reflexos para o cidadão e para a sociedade.

Um estudo da legislação do imposto de renda com ênfase nas doações da criança e do adolescente. Constitui-se na possibilidade de aplicação dos mecanismos de transparência social e do acesso a informação e exercer a cidadania fiscal e surge como uma alternativa para o cidadão administrar seu imposto por meio de doações legais no imposto de renda.

Como metodologia para efetivar a presente proposta, foi utilizada da pesquisa bibliográfica e documental como método.

94 Doutorando em Ciências Sociais Aplicadas da UEPG e em Direito pela UNL.

1. LEGALIDADE DAS DOAÇOES PELO ESTATUTO DO IDOSO

Devido ao crescimento da população mais velha no país, o Governo teve de gerir as consequências sociais causadas por este aumento da população idosa mediante lei, dos Fundos Municipal, Estadual e Nacional do Idoso, autoriza-se o repasse de imposto devido por pessoas físicas e jurídicas aos Fundos. Em 2014, só o Fundo Nacional dos Direitos do Idoso teve arrecadação de nove milhões de reais. Com a criação do fundo haverá a ampliação e melhoria dos serviços destinados aos idosos, porém, a referida lei não prevê uma participação ativa dos próprios idosos na gestão deste fundo e políticas que dele decorram.

O ESTATUTO DO IDOSO classifica e define a pessoa idosa, e a legislação do imposto de renda permite doações legais e para isso é possível identificar os Fundos Nacional, estadual, distrital e municipal do idoso as formas que seguem.

1.1. ESTATUTO DO IDOSO

Tratado juntamente com o ECA o Estatuto do Idoso trata dos direitos fundamentais e da proteção integral dos idosos no Brasil. Ferramenta muito necessária com o crescimento da população idosa objetiva a implantação de medidas que assegurassem direitos a esse púbico, diante disso foi sancionado o texto do Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, se constituído num instrumento que estabelece as normas e diretrizes para a concretização de políticas públicas voltadas ao Idoso que viabiliza um série de garantias fundamentais a cidadãos maiores ou com idade igual há 60 anos. O Estatuto do Idoso prescreve:

> Art. 2° O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade. (BRASIL, 2003)

O Estatuto ao decorrer de seu teor explicita outras séries de direito assegurando o cumprimento dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana tutelando de forma clara os direitos da pessoa idosa e veio para diminuir a exclusão dos idosos no meio social.

Em verdade, o Estatuto do Idoso, instituído pela Lei federal nº 10.741/03, procura dar maior concretude à tutela da pessoa idosa que agora tem uma norma legal para embasar e defender seus direitos e desta forma evitar a ocorrência do processo de exclusão social daqueles que são considerados idosos.

Ressalta-se que o Estatuto do Idoso é produto do trabalho de pessoas que trabalham em áreas consideradas essenciais a esse público, como saúde, Direito, Assistência Social e outros, como bem salienta Paulo Frange:

> O Estatuto do Idoso é um verdadeiro exercício bioético. Começou pelo que poderia chamar de Comissão de Bioética, já que ele é fruto de trabalho conjunto de parlamentares, especialistas, profissionais das áreas de Saúde, Direito, Assistência Social e das entidades e organizações não governamentais voltadas para a defesa dos direitos e proteção aos idosos. (FRANGE, 2004, p. 8).

Sendo assim, o Estatuto do Idoso é o instrumento que viabiliza direitos fundamentais à pessoa maior ou igual a 60 anos de idade e tem como um dos seus alicerces eliminar a desigualdade e a exclusão social existente na sociedade.

1.2. DOAÇÕES AOS FUNDOS DO IDOSO (LEI Nº 13.797/2019)

A Lei nº 13.797/2019 trouxe a possibilidade de a pessoa física fazer sua doação aos fundos do idoso diretamente na sua declaração de ajuste anual do imposto de renda.

A referida lei, em seu artigo 1°, altera a redação dos artigos referentes as doações e deduções no imposto de renda da pessoa física na Lei nº 12.213, de 20 de janeiro de 2010, que trata sobre o Fundo Nacional do Idoso, trazendo o limite de 3% de dedução da doação feita diretamente na declaração de ajuste anual, atentando-se para um outro limite, global,

de 6% referente a lei de planejamento orçamentário da União. Conforme redação dada pela Lei nº 13.797/2019:

Art. 1º A Lei nº 12.213, de 20 de janeiro de 2010 , passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 2º-A e 4º-A:

"Art. 2º-A. A partir do exercício de 2020, ano-calendário de 2019, a pessoa física poderá optar pela doação aos fundos controlados pelos Conselhos Municipais, Estaduais e Nacional do Idoso de que trata o inciso I do caput do art. 12 da Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1995 , diretamente em sua Declaração de Ajuste Anual do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física.

§ 1º A doação de que trata o caput deste artigo poderá ser deduzida até o percentual de 3% (três por cento) aplicado sobre o imposto de renda devido apurado na declaração.

§ 2º A dedução de que trata o § 1º deste artigo:

I - está sujeita ao limite de 6% (seis por cento) do imposto de renda devido apurado na declaração, observado o disposto no art. 22 da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997; (BRASIL, 2019)

Tal alteração traz obscuridades, de forma que não deixa claro em quais hipóteses se aplicam cada um desses limites, tal obscuridade torna o texto legal algo mais complexo do que realmente deveria ser. Sendo assim, há que se buscar outras formas de compreender os limites das doações aos fundos, vez que o texto legal é vago acerca das formas de doação.

Em 2020, houve uma inovação no que concernem as doações no Imposto de Renda cedidas por Pessoas Físicas, pois através da 13.797/2019, ocorre a implantação de doações vinculadas ao Estatuto do Idoso. Assim, "o contribuinte poderá doar, diretamente na declaração, recursos para fundos controlados por conselhos municipais, estaduais e nacionais do idoso". Conforme prevê, expressamente, o artigo 2º da referida lei:

> Art. 2º-A. A partir do exercício de 2020, ano-calendário de 2019, a pessoa física poderá optar pela doação aos fundos controlados pelos Conselhos Municipais, Estaduais e Nacional do Idoso de que trata o inciso I do caput do art. 12 da Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1995, diretamente em sua Declaração de Ajuste Anual do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física.
>
> § 1º A doação de que trata o caput deste artigo poderá ser deduzida

> até o percentual de 3% (três por cento) aplicado sobre o imposto de renda devido apurado na declaração.(BRASIL, 2019)

Ressalta-se, que a limitação do percentual é de 3% relativo às deduções para os fundos do idoso. Ademais, conforme estabelece o Conselho de Contabilidade do Estado da Bahia:

> Continua valendo a exigência de doar durante o ano anterior para os fundos ligados ao Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) de incentivo à Cultura, ao Desporto e à Atividade Audiovisual. É preciso estar atento que a soma da doação aos fundos para idosos com doações para os demais não pode ultrapassar 6% do imposto devido.

Demonstra o Conselho de Contabilidade no supracitado o limite de 6%, o qual a soma do valor dedutível ao fundo do idoso não pode ultrapassar esse percentual estabelecido em conjunto com as deduções para os demais, como por exemplo, o Estatuto da Criança e do Adolescente e outros. O mesmo adverte o §2º do dispositivo 2º-A da Lei 13.797/2019, que estabelece "§ 2º A dedução de que trata o § 1º deste artigo: I - está sujeita ao limite de 6% (seis por cento) do imposto de renda devido apurado na declaração, observado o disposto no art. 22 da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997". Sendo assim, conforme explicita Julia Wiltgen:

> Para os fundos de direitos da criança e do idoso e para os projetos aprovados segundo as leis de incentivo, o contribuinte pode doar e abater até 6% do seu imposto de renda devido. Assim, ele pode doar para um ou mais fundos e projetos aprovados, desde que não ultrapasse o limite global de 6%. (WILTGEN, 2019).

Em liame como o supracitado, estabelecendo esse limite percentual de 6%, convém salientar que essa porcentagem pode ser divida em 3% para a Criança e Adolescente e os outros 3% poderá ser destinado ao Idoso, conforme observa Valter Kopper (ex-auditor fiscal da Receita Federal) em uma entrevista:

> Valter Koppe, ex-auditor fiscal da Receita Federal, lembra que o somatório das doações para idosos e crianças e adolescentes fica

> limitado a 6%. "Se esse percentual foi utilizado durante o ano, não tem o que destinar na Declaração. Mas se nada foi direcionado ao longo do ano, é possível zerar isso doando 3% para idoso e 3% para crianças", diz. (IBELLI, 2020).

Dessa forma, percebe-se que o limite de seis por cento que se encontra disposto no ECA é dividido em dois para que sejam destinados pelo menos 3% das doações aos fundos do idoso no momento da declaração de ajuste anual da pessoa que não efetuou doações durante o ano.

Adiante, conforme a Confirp, a possibilidade de destinar doações para o fundo do idoso é uma novidade, pois até então só era possível doação para a Criança e o adolescente, ainda profere a instituição sobre a limitação de 6%, percentual de dedução, o qual será divido entre o ECA e o Idoso. Em entrevista o Diretor da Confirp explica:

> "A doação ao ECA já era possível, mas a partir desse ano é possível realizar também a doação a fundos relativos ao Estatuto do Idoso por meio de DARF código 9090, com vencimento em 30 de junho e com limite individual de até 3% de dedução no Imposto de Renda devido e 6% do limite global (ECA e IDOSO) juntos", detalha o diretor da Confirp (UCELLI, 2020).

Ainda, conforme expressa a Lei nº 13.797/2019, em seu artigo 4º-A, faz menção a dois dispositivos da Lei nº 8069 de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente. O referido dispositivo explicita: "Art. 4º-A. As disposições dos arts. 260-C a 260-L da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) , aplicam-se aos Conselhos Municipais, Estaduais e Nacional do Idoso, no que couber." Determinando, assim, as mesmas normas regentes para a doação de bens aos dois fundos de proteção de direitos dessa parcela da sociedade da primeira e terceira idade.

2. DOAÇÃO LEGAIS NO BRASIL – ECA E ESTATUTO DO IDOSO

Para efetivação dos direitos dispostos no estatuto da criança e adolescente e estatuto do idoso, se faz necessário a gestão de recursos provindos de diversos campos da sociedade, uma forma de arrecadar fundos para

implementação de políticas públicas que visem a proteção desses direitos é por meio da doação, esta que pode se dar de duas formas que podem ser de forma livre e de forma incentivada, tratadas aqui nas doações relativas ao imposto de renda.

2.1. DOAÇÃO DE FORMA LIVRE

Nas doações livres ou doações não incentivadas qualquer pessoa pode doar o que quiser, porém não abate do imposto de renda. A pessoa física que faz a declaração do tributo de forma simplificada ou que não contribui com o imposto também poderá fazer doações mas nao gozam de incentivos fiscais e ou abatimentos, neesta forma os valores são estabelecidos pelo próprio doador, sem a imposição de nenhum limite legal, basta apenas observar o que prevê o Fundo Municipal da Criança e do Adolescente de cada ambito. Quanto a este caso pode-se conferir:

> Pessoas físicas que não têm imposto a pagar ou que fazem a declaração do Imposto de Renda pelo modelo simplificado de declaração também podem fazer doações ao FMDCA de sua escolha. Porém, nestes casos trata-se de doações com recursos próprios, cujo valor, decidido pelo próprio doador, não recebe qualquer tipo de incentivo fiscal. (FMDCA-SP, 2017, p. 22)

Em resumo, as doações não incentivadas ou livres, são aquelas que ficam a critério do doador sobre o valor a ser doado, normalmente quando o a pessoa fisica faz a declaração do imposto de renda simplificada, ou não está obrigado a declarar, pois nao há dedução do valor doado, sendo o ato apenas uma ação do doador quando doa para os fundos da criança e adolescente, e assim agir em conformidade com a constituição, que prevê em seu artigo 227 a proteçao da criança e adolescente bem como assegura-lhes os direitos básicos um dever da família, da sociedade e do Estado.

2.2. DOAÇÃO DE FORMA INCENTIVADA

Principal forma de captação, as doações destinadas às entidades de caridade, creches e outras, quando declaradas e deduzidas do imposto sobre a renda são conceituadas como doações incentivadas aquelas doaões

passíveis de deducao ou abatimento na declaração de imposto de renda destinadas a fundos obrigatoriamente constituidos, organizados e aprovados pelo poder público anteriormente.

Desta forma, Julia Wiltgen (2020) entende que as doações incentivadas. Dentre os fundos que podem receber as doações incentivadas, cita-se como exemplo, os Fundos da Criança e do Adolescente nos ambitos federal, estadual e municipal.

Por fim, é uma forma permitida de direcionar parte do seu imposto de renda, observando-se os limites legais. Note-se a previsão:

> A doação incentivada ao Fundo é uma prerrogativa legal do contribuinte (pessoa física ou pessoa jurídica) de direcionar para um ou mais Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente (FMDCA) uma parcela do seu Imposto de Renda Devido, nos limites previstos em lei. (FMDCA-SP, 2017, p. 18)

As doações incentivadas são resultado de leis que visam o trabalho em equipe do Estado com a sociedade, onde o primeiro abre mão de parte de seus tributos para que o indivíduo perceba a importância de sua contribuição diretamente em políticas públicas que revertem para a própria sociedade. É nada mais do que uma forma direta de aplicação de recursos, com um manejo diferenciado do convencional, de forma que o cidadão vem a perceber de forma mais clara o seu papel também na manutenção da sociedade como um todo, ajudando financeiramente em pontos que necessitam de maiores recursos para se desenvolver. Conforme explicam Xavier et. al.:

> As leis de Incentivos Fiscais foram criadas com a finalidade de promover ações sócias entre as entidades financeiras e sociedade e o seu objetivo é a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa observando os princípios de Justiça Social visando o desenvolvimento da sociedade e até na preservação do meio ambiente e em troca beneficiando as entidades com a isenção de alguns tributos ou parte deles, e tendo como sua principal função desenvolver economicamente uma determinada atividade ou uma determinada região. E funciona como projetos sociais para melhorias no desenvolvimento da sociedade. (XAVIER, et al., 2016, p. 2).

As leis de incentivo fiscal são de extrema importância para que a sociedade como um todo auxilie na manutenção dos direitos de quem se encontra em estado de vulnerabilidade, as doações arrecadadas dessa forma podem ajudar em diversas áreas conforme ilustra-se na figura 1, a seguir.

Com a doação incentivada em declaração de imposto sobre a renda, o declarante que optar por esse meio terá um percentual de seu tributo destinado a Fundos de sua livre nomeação, bem como se expõe:

> Ao invés de o contribuinte pagar o valor total do Imposto de Renda devido para a Receita Federal, um percentual desse imposto pode ser repassado para um ou mais Fundos de sua livre escolha. O valor destinado, que deixa de entrar nos cofres públicos da União, compensa, via isenção fiscal, a parte do imposto devido que não foi recolhida para efeitos de quitação do contribuinte junto ao fisco. (FMDCA-SP, 2017 p. 18).

Em síntese, as doações incentivadas são aquelas que resultam em algum benefício para o doador ou cumprem uma função social, permite inclusve o controle social e constam da declaração de forma que ambos os polos dessa relação saem ganhando de alguma forma.

Observe-se como as doações permitidas se apresenta na declaração:

Figura 1. Doações Efetuadas – IRPF 2020

Fonte: Secretaria da Receita Federal, 2020, v. 2.0.

Verifica-se que o incentivo das doações para os fundos dos direitos da criança e do adolescente e agora tambem para os fundos dos direitos do idoso se dá por meio de dedução de imposto de renda, de forma que, como melhor se explorará em momento oportuno, se pode efetuar essa doação durante o ano ou diretamente na declaração de ajuste anual, o meio escolhido para efetuar a doação irá influenciar diretamente no benefício que retorna ao doador como forma de abatimento do imposto sobre a renda, a se observar as regras e limites impostos pela legislação competente.

3. O LIMITE GLOBAL DAS DEDUÇÕES

Outro dispositivo importante é o artigo 55 da instrução normativa acima mencionada, que traz em seu texto disposição acerca das deduções de doações incentivadas em diversas áreas sociais, impondo um limite global ao qual se deve atentar a soma de cada doação feita a cada fundo com o objetivo de garantir a efetivação de políticas públicas. Conforme se observa:

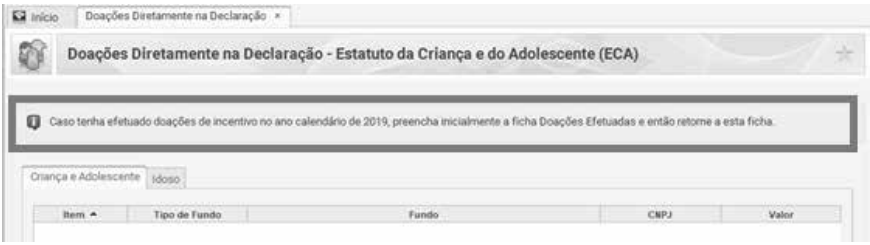
> Art. 55. A soma das deduções previstas nos arts. 2º, 8º-A, 9º, 16, 18, 27, 28 e 39 está limitada a 6% (seis por cento) do imposto sobre a renda apurado na Declaração de Ajuste Anual a que se refere o art. 54, sem prejuízo do disposto no art. 30. (Redação dada pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1311, de 28 de dezembro de 2012).

Já o artigo 55 da instrução, refere-se ao limite global de 6% de dedução somando as deduções dos artigos 2° e 9°, o que nos leva a entender que o limite de 3% se refere a cada fundo individual, enquanto o limite de 6% trata de todas as doações feitas para todos os fundos somados.

Anteriormente, as doações para projetos que atendem os Estatutos da Criança e do Adolescente poderiam ser realizadas no decorrer do ano e deduzidas no Imposto de Renda. Com a lei, elas passam a ser feitas diretamente na declaração, sendo pagas junto com a primeira cota ou cota única do imposto. O mecanismo é semelhante ao aplicado em contribuições a outros fundos especiais.

As doações também podem ser feitas diretamente aos fundos da criança e do adolescente (figura 2).

Figura 2. Doações Diretamente na Declaração – IRPF 2020



Fonte: Secretaria da Receita Federal, 2020, v. 2.0.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em face da análise feita, buscou-se analisar as doações permitidas com ênfase na previsão legal sendo importante frisar que os limites trazidos pelo texto normativo não se trata de limites ao valor que se é possível doar, a pessoa tem total liberdade de doar o valor que melhor lhe convier, porém a lei estabelece limites para a sua dedução, ou seja, o valor que retorna ao doador do imposto ao qual recai o incentivo do Estado.

A instrução normativa da Receita federal traz muitos artigos que citam uns aos outros, redação que pode causar confusão até em profissionais técnicos da área. Diante dessa confusão normativa, o presente artigo tenta simplificar a linguagem legal para tornar mais acessível à informação acerca da forma de doação e os limites de dedução de imposto de renda.

A Lei nº 13.797 de 2019, em seu artigo 4º-A, faz menção a dois dispositivos da Lei nº 8069 de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente. O referido dispositivo explicita: "Art. 4º-A. As disposições dos arts. 260-C a 260-L da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) , aplicam-se aos Conselhos Municipais, Estaduais e Nacional do Idoso, no que couber.", sendo este um dos principais fundamentos para a doação de bens aos dois fundos de proteção de direitos dessa parcela da sociedade da primeira e terceira idade e assim permite o cumprimento de um verdadeiro ato de cidadania fiscal.

Ainda conforme definido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, com a implantação da Lei nº 12.594 de 2012, as pessoas físicas poderão designar até 3% do imposto, isso será possível "quando preenchem a declaração completa, no formulário disponibilizado pela Receita Federal". A Lei mencionada explicita:

> Art. 260-A. A partir do exercício de 2010, ano-calendário de 2009, a pessoa física poderá optar pela doação de que trata o inciso II do caput do art. 260 diretamente em sua Declaração de Ajuste Anual.
>
> § 1º A doação de que trata o caput poderá ser deduzida até os seguintes percentuais aplicados sobre o imposto apurado na declaração:
>
> I - (VETADO);
>
> II - (VETADO);
>
> III - 3% (três por cento) a partir do exercício de 2012. (BRASIL, 1990)

Além desse limite de 3% estabelecido em lei para deduções diretamente aos fundos da criança e do adolescente, há o limite Global de 6%, este último percentual é previsto também na legislação da Infância e adolescência no §2º, inc. I, do artigo 260-A, que prevê

> Art. 260-A. [...] § 2º A dedução de que trata o caput: I - está sujeita ao limite de 6% (seis por cento) do imposto sobre a renda apurado na declaração de que trata o inciso II do caput do art. 260; (BRASIL, 1990)

Em conjunto com o exposto, a Instrução Normativa RFB nº 1.131, de 2011, aborda esse limite global em seu artigo 55, conforme transcrito. Ainda, a Instrução Normativa, em seu artigo 8º-A e 8º-B, dispõe sobre as doações realizadas Diretamente na Declaração de ajuste anual, estabelecendo o limite percentual individual de dedução de 3%, devendo respeitar o limite global de 6%, os dispositivos expressam:

> Art. 8º-A. A pessoa física pode deduzir do imposto apurado na Declaração de Ajuste Anual, a que se refere o art. 54, as doações efetuadas no próprio exercício até a data de vencimento da 1ª (primeira) quota ou da quota única do imposto aos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente nacional, estaduais, distrital ou municipais. (Incluído(a) pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1311, de 28 de dezembro de 2012)

> Art. 8º-B. A doação de que trata o art. 8º-A poderá ser deduzida até o percentual de 3% (três por cento) aplicados sobre o imposto apurado na declaração, observado o limite global estabelecido no art. 55. (Incluído(a) pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1311, de 28 de dezembro de 2012)

Do exposto, segundo a página de Economia UOL, as deduções não poderão exceder o percentual limite individual de 3% e também não poderá ultrapassar o limite global de 6%, sendo possível a visualização de dois pontos importantes no momento de se definir os limites das doações, conforme salienta o jornal digital:

> O contribuinte pode efetuar doação após o encerramento do ano, e antes da entrega da declaração do IR 2019, desde que a doação seja feita aos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente (ECA). Neste caso, a dedução fica reduzida e limitada a 3% do imposto devido na declaração, respeitando o limite global de 6%. (UOL, 2019).

O não cumprimento dos limites, ou seja, quando ultrapassar o limite de 3% e o limite global, o valor recolhido será tido como indedutível, segundo consta o Portal Tributário, "deverá considerar como não dedutível o valor recolhido que ultrapassar o limite individual de 3% (três por cento) e o limite global de 6% (seis por cento), observado que esse valor a maior será também repassado ao fundo indicado".

A Política Nacional do Idoso estabelece, em seu artigo 6º, que os Conselhos do Idoso são órgãos deliberativos. A Lei nº 12.213/2010, que criou o Fundo Nacional do Idoso, afirma, em seu artigo 4º, que cabe ao Conselho dos Direitos do Idoso gerir o Fundo e fixar os critérios para sua utilização. A criação do Fundo do Idoso deverá estimular o fortalecimento dos Conselhos do Idoso em todo o País. Implementando o Fundo do Idoso, os Conselhos terão uma condição adicional para mobilizar e gerir recursos, tendo em vista a criação ou aprimoramento de serviços e programas de proteção e promoção dos direitos da pessoa idosa. O crescimento das doações aos Fundos do Idoso será tanto mais favorecido quanto mais os Conselhos do Idoso estiverem bem estruturados, dispuserem de planos consistentes para a aplicação e gestão dos recursos destinados aos Fundos e

buscarem comunicar e discutir com a sociedade as prioridades para proteção e promoção dos direitos da população idosa.

Conclui-se que a legislação permite as diversas formas de doação e prevê as formas de aplicação dos recursos sendo uma existente mais pouco utilizada à forma de doação diretamente aos cidadãos e a própria sociedade o que por fim é uma importante ferramenta que pode garantir o poder de escolha de aplicação dos recursos do imposto de renda diretamente pelo cidadão contribuinte e permite a verificação a execução de um direito de saber onde vai ser aplicado o dinheiro dos seus impostos e por fim operacionalização da lei de acesso à informação na gestão pública e seus reflexos para a própria sociedade, permitindo a indicação e escolha do cidadão por fim alem de direito é uma declaração de vontade do sujeito, uma vontade que permite a satisfação das necessidades humanas.

Por fim, é uma importante ferramenta legal que consitui-se num mecanismo pouco utilizado principalmente pela falta de conhecimento, mas uma importante alternativa para o cidadão administrar seu imposto por meio de doações legais no imposto de renda uma verdadeira forma de cidadania fiscal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Federação Brasileira de Bancos. Diretoria de Relações Institucionais **Seu imposto pode beneficiar Crianças, Adolescentes e Idosos.** FEBRABAN, São Paulo, 2012. Disponível em: <https://www.febraban.org.br/fia/img/febraban_cartilha.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2020.

BRASIL. INSTRUÇÃO NORMATIVA RFB Nº 1500, DE 29 DE OUTUBRO DE 2014. Dispõe sobre normas gerais de tributação relativas ao Imposto sobre a Renda das Pessoas Físicas. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=57670>. Acesso em: 11 jun. 2020.

BRASIL. Lei no 4.320, de março de 1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF,

17 mar. 1964. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm. Acesso: 12 jun. 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm>. Acesso em: 16 jul. 2020.

COMUNICAÇÃO CRCBA. Doação aos Fundos da Criança e do Adolescente e do Idoso Diretamente da Declaração Anual. **Conselho Regional de Contabilidade da Bahia – CRCBA**. Salvador: 16 de março de 2020. Disponível em: <https://www.crcba.org.br/noticias/doacao-aos-fundos-da-crianca-e-do-adolescente-e-do-idoso-diretamente-da-declaracao-anual.html>. Acesso em: 10 jun. 2020.

CONANDA. Saiba como doar aos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente. **Portal dos direitos da criança e do adolescente.** Disponível em: <https://www.direitosdacrianca.gov.br/como-doar-ao-fundo>. Acesso em: 12 jun. 2020.

CUSTÓDIO, André Viana. **Direito da Criança e do Adolescente**. Criciúma-SC: UNESC, 2009.

DA COSTA, Antônio Carlos Gomes. O que é o ECA? **Conselho Estadual dos Direitos da Criança e do Adolescente de Alagoas.** Alagoas: 17 de março de 2013. Disponível em: <http://www.conselhodacrianca.al.gov.br/sala-de-imprensa/noticias/2013/marco/o-que-e-o-eca/>. Acesso em: 10 jun. 2020.

FERREIRA, Adriana Aparecida. **Gestão do fundo do idoso:** análise acerca dos desafios pelo Conselho Municipal do Idoso, 2019.

FRANGE, Paulo. **O Estatuto do idoso comentado por Paulo Frange**. Uberaba: jul. 2004.

FREITAS, Jheniffer. IRPF 2020: entenda quem ficará isento da cobrança. **FDR – Finanças, direitos & renda**. Recife: 18 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://fdr.com.br/2019/12/18/irpf-2020-entenda-quem-ficara-isento-da-cobranca/>. Acesso em: 10 de junho

de 2020.IBELLI, Renato Carbonari. IR 2020 permite mais opções para doar parte do imposto devido. **Diário do Comércio**. São Paulo: 13 de março de 2020. Disponível em: <https://dcomercio.com.br/categoria/leis-e-tributos/ir-2020-permite-mais-opcoes-para-doar-parte-do-imposto-devido>. Acesso em: 10 jun. 2020.

INDALENCIO, Maristela Nascimento. **Estatuto do Idoso e Direitos Fundamentais: fundamentos da proteção da pessoa idosa no ordenamento jurídico brasileiro.** 2007. Tese (Fundamentos do Direito Positivo) – Centro de educação de ciências sociais e jurídicas, Universidade do Vale do Itajaí, Santa Catarina, 2007.

JUSTO, José Sterza. ROZENDO, Adriano da Silva. A velhice no Estatuto do Idoso. **Estudos E Pesquisas Em Psicologia**. Rio de Janeiro: UERJ, 2010. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/4518/451844632012.pdf>. Acesso em: 1 jun. 2020.

MÁXIMO, Wellton. Saiba como doar parte do Imposto de Renda a projetos sociais: A partir deste ano, doações para idosos podem ser feitas na declaração. **Agência Brasil.** Brasília: 19 de abril de 2020. Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-04/saiba-como-doar-parte-do-imposto-de-renda-projetos-sociais#:~:text=As%20doa%C3%A7%C3%B5es%20totais%20est%C3%A3o%20limitadas,deduzido%20do%20imposto%20a%20pagar.>. Acesso em: 10 jun. 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS. **Fundos dos direitos da criança e do adolescente:** doações, fiscalização prestação de contas. Goiás: CAOINFÂNCIA, 2009.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ. Fundo da Infância e Adolescência - FIA Perguntas & respostas. **MPPR.** Paraná. Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-989.html>. Acesso em: 12 jun. 2020.

NETO, Hugo Frota Magalhães Porto. A legislação brasileira e a política da pessoa idosa. **Revista Longeviver**, 2018.

PORTAL TRIBUTÁRIO. IRPF - FUNDOS DA INFÂNCIA - DEDUÇÃO DAS DOAÇÕES DIRETAMENTE NA DECLARA-

ÇÃO. **Portal Tributário**. Curitiba. Disponível em: http://www.portaltributario.com.br/artigos/deducao-doacoes-eca-diretamente--na-declaracao-irpf.htm>. Acesso em: 15 jun. 2020.

ROVAROTO, Isabela. Saiba quem deve declarar o Imposto de Renda 2020. **Exame**. São Paulo, 04 de março de 2020. Disponível em: <https://exame.com/seu-dinheiro/saiba-quem-deve-declarar-o-imposto-de-renda-2020/>. Acesso em: 10 jun. 2020.

SECRETARIA NACIONAL DE PROMOÇÃO E DEFESA DOS DIREITOS DA PESSOA IDOSA. **Fundo do Idoso:** Orientações para os Conselhos. Brasil: MMFDH, 2019.

SILVA, Suelene dos Anjos da Conceição; SARMENTO, Helder Boska de Moraes. **Fundos Especiais**: uma ferramenta importante para a Municipalização das políticas setoriais. In: Congresso de Controladoria e Contabilidade, 2006.

UCELLI, Paulo. Imposto de Renda – veja como doar valores para Idosos e ECA. **Confirp.** São Paulo: 08 de maio de 2020. Disponível em: <https://confirp.com.br/imposto-de-renda-veja-como-doar-valores-para-idosos-e-eca/>. Acesso em: 10 jun. 2020.

UOL Economia. Dúdidad do IR 2019. **UOL:** 25 de março de 2019. Disponível em: https://economia.uol.com.br/imposto-de-renda/duvidas/ir-2019-como-doar-parte-imposto-para-causas-sociais-eca.htm#:~:text=Contribuinte%20pode%20doar%20at%C3%A9%203,de%206%25%20do%20imposto%20devido.>. Acesso em: 15 jun. 2020.

WILTGEN, Julia. Como declarar doações incentivadas no imposto de renda e fazer doações na própria declaração. **Seu Dinheiro.** São Paulo: 27 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.seudinheiro.com/2020/imposto-de-renda/como-declarar-doacoes-incentivadas--no-imposto-de-renda/#:~:text=Doa%C3%A7%C3%B5es%20incentivadas%20s%C3%A3o%20aquelas%20feitas,de%20pessoas%20f%C3%ADsicas%20e%20jur%C3%ADdicas.>. Acesso em: 05 jun. 2020.

WILTGEN, Julia. Doações filantrópicas feitas até o fim do ano podem ser deduzidas no IR 2020; saiba para quais projetos doar. **Seu dinheiro.** São Paulo: 21 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://www.seudinheiro.com/2019/imposto-de-renda/doacoes-incentivadas-2019/>. Acesso em: 09 jun. 2020.

XAVIER, Caroline Paes da Cunha; MATOS, Diego Gabriel Lauvers de.; MOURA, Deivid Rodrigues de; LIMA, Hélio Oliveira; SOUZA JUNIOR, B. M.; CERQUEIRA, Claudia Cleomar Araujo Ximenes. Incentivos fiscais: um olhar sobre o município de Pimenta Bueno, Rondônia. **Saberes revista eletrônica**, v. 1, p. 1-12, 2016.

O ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO E A (IM) POSSIBILIDADE DE ENQUADRAMENTO DO BRASIL NESSE MODELO TEÓRICO

Bruno Pereira de Andrade[95]

INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas do século XX, o fenômeno da globalização intensificou-se, influenciando fortemente a vida política e social em todo o mundo e trazendo ao Direito Constitucional novas teorias para entender o atual papel do Estado ante tal cenário, observando ainda o surgimento de novos atores, como entidades e organismos transnacionais.

Dentre esses modelos teóricos, destaca-se o de Peter Häberle, denominado Estado Constitucional Cooperativo. Para esse autor, as relações entre Estados devem ser pautadas através de interações caracterizadas pela solidariedade e cooperação e não apenas por um direito internacional de mera coexistência, como até então praticado.

Nesse sentido, este estudo, ao analisar traços fundamentais da teoria de Häberle, busca enfrentar o problema acerca do posicionamento do

95 Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte/UFRN. Especialista em Direito Processual Civil e Recursos pela Faculdade Educacional da Lapa/FAEL. Graduado em Direito pela Universidade Federal Rural do Semiárido/UFERSA.

Brasil no atual quadro internacional e se, com base naquela teoria, é possível constatar sua integração com os demais países latino-americanos, sob o paradigma do Estado Constitucional Cooperativo.

O tema mostra-se relevante e atual, considerando-se tanto o contexto do direito brasileiro, quanto em relação ao direito internacional. No âmbito interno, pela necessidade de se impulsionar o estudo das teorias relacionadas ao direito internacional. No cenário externo, pelo notável crescimento dos intercâmbios internacionais, ante um fluxo de bens e pessoas cada vez maior entre os Estados, o que demanda uma cooperação mais ampla entre estes.

A assunto revela a necessidade de se suprir com uma estrutura teórica adequada a nova configuração dos Estados e do atual direito constitucional, que se caracteriza pela visão concretista dos direitos fundamentais e pela busca de um discurso comum sobre estes, a nível internacional, percebendo-se a importância da teoria de Häberle sobre tais desafios.

A pesquisa se justifica pelo evidente atraso do País quanto ao desenvolvimento de suas relações internacionais, em especial com nações vizinhas, que deveriam caminhar no sentido de se consolidar uma aliança que, além de interesses puramente econômicos, fosse capaz de edificar uma base jurídica comum, a partir da identidade e cultura dos povos da região. Portanto, a teoria estudada é de grande valia para o conhecimento, análise e saneamento de deficiências, dificuldades ou falhas para o alcance daquele objetivo.

Assim, este estudo objetiva discutir as principais características e contradições dessa teoria, relacionando-a a dispositivos da Constituição Federal de 1988 (CF/88), com base na práxis brasileira em suas relações internacionais, no contexto regional. Para tanto, na primeira parte, são descritos aspectos do Estado Constitucional Cooperativo, na visão de Häberle e de outros autores, verificando-se do que trata a teoria, sua discussão e considerações doutrinárias e jurisprudenciais relacionadas ao Brasil. Na segunda, analisam-se alguns indícios desse modelo, observados na CF/88, bem como o processo de internalização de tratados internacionais no ordenamento nacional. Por fim, na última seção, examina-se a (in)viabilidade da teoria estudada, no que concerne ao Brasil, a partir das interações traçadas com outros Estados ou organismos internacionais, especialmente no cenário regional.

Considerando os pressupostos do Estado Constitucional Cooperativo, seria possivel afirmar que o Brasil se adequa a tal paradigma teórico, observadas as disposições constitucionais pertinentes e suas relações internacionais em âmbito regional? Ao responder tal questão, o estudo delimita-se a analisar o enquadramento do País ao modelo häberleano.

Tendo como referência os princípios insculpidos na CF/88 e em demais normas do ordenamento jurídico, nas quais emanam diretrizes no sentido de estreitar laços entre o Brasil e outras nações, principalmente no contexto regional, supõe-se que o constituinte pretendia que o País trilhasse o caminho de um Estado Constitucional Cooperativo. Todavia, em certas situações, constata-se que o Brasil tem atuado contrariamente aos parâmetros daquele modelo estatal, surgindo a hipótese de que talvez o Brasil não possa ser considerado um Estado Constitucional Cooperativo, nos termos propostos por Häberle.

Nesse sentido, para atingir os objetivos do estudo, realizou-se levantamento bibliográfico, analisando-se obras relacionadas ao tema, como livros, teses e artigos científicos de vários autores, além de legislação e posições jurisprudenciais pertinentes.

O método utilizado na presente pesquisa foi predominantemente indutivo, ou seja, após considerar um número suficiente de situações particulares, relacionando teoria e casos concretos, traçou-se a conclusão, contendo uma verdade geral sobre o problema proposto.

1. APONTAMENTOS ACERCA DO ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO

A doutrina de Peter Häberle, um dos maiores juristas de nosso tempo, tem influenciado a conformação dos Estados contemporâneos, a partir de uma teoria constitucional definida como um processo aberto, com capacidade de expansão desde o âmbito nacional, passando à esfera regional e, finalmente, à universal (MICHAEL, 2014, p. 218). Nesse contexto, entre 1977 e 1978, em um quadro de crise dos Estados nacionais, com a crescente globalização, a formação e ampliação de blocos transnacionais e ainda sob os efeitos da Guerra Fria, Häberle, estruturou um novo paradigma de Estado Constitucional, ao qual denomina Estado Constitucional Cooperativo, cujo ponto de partida é a integração.

Uma das premissas desse modelo de Estado é sua abertura, ou seja, a flexibilização de aspectos relacionados tanto à questão interpretativa das normas, através de um olhar mais pluralístico, quanto em relação à rigidez ligada à soberania estatal.

Quanto ao primeiro ponto, em estudo sobre Hermenêutica Constitucional, Häberle defende um sistema de interpretação constitucional ajustado à realidade de uma sociedade plural, criticando estruturas fechadas, restritas a juízes e procedimentos formais. Em oposição, apresenta a sociedade aberta, onde, naquele processo, estariam vinculados, além dos órgãos estatais, grupos sociais e cidadãos, argumentando que "todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma é, indireta ou mesmo diretamente, um intérprete dessa norma" (HÄBERLE, 1997, p. 15).

Como exemplo da influência da doutrina häberliana por uma interpretação aberta e pluralista da Constituição, cite-se a institucionalização em diversas jurisdições, inclusive no Brasil, da figura do *amicus curiae* (MENDES, 2009, p. 3). Destaque-se ainda a realização de audiências públicas, como meio de participação da sociedade civil e de informação dos tribunais para a tomada de decisões.

Em entrevista no ano de 2007, Peter Häberle pontuou ideias relacionadas a sua doutrina, ao reforçar o papel dos parlamentos, como órgãos de controle do poder dos governos, e dos tribunais, como protetores dos direitos humanos (MALISKA, 2007, p. 78). Na ocasião, o jurista ressaltou a importância, em uma comunidade plural, da abertura à tolerância e do trabalho nacional e internacional pelos direitos humanos, bem como a necessidade de superação do modelo clássico interno/externo do Estado Nacional (MALISKA, 2007, p. 79). Para tanto, o Estado constitucional deve se afastar de um modelo isolacionista e buscar a integração, a solidariedade e a cooperação junto a seus semelhantes, relativizando sua soberania, cujo conceito clássico encontra-se sob ataque (SLAUGHTER, 2004, p. 283).

Os Estados nacionais preservam suas características constitucionais, mas com vocação crescente ao intercâmbio no plano internacional, ficando a soberania estatal em segundo plano, tomando seu lugar uma contínua interação, pela conscientização da existência de problemas comuns, como a necessidade de promoção de formas de desenvolvimento sustentável para proteção ambiental, atingida pelo sistema econômico e de consumo atual (CONTIPELLI, 2018, p. 404-405).

Em substituição ao modelo estatal anterior, emerge o Estado Constitucional Cooperativo, cujas características principais são sua abertura para relações internacionais permeáveis, permitindo uma amplitude global dos direitos humanos e sua realização cooperativa; o potencial constitucional ativo, voltado à realização conjunta de tarefas da comunidade dos Estados; a solidariedade estatal de prestação, com cooperação além de suas fronteiras (assistência ao desenvolvimento, proteção ao meio ambiente, combate ao terrorismo, cooperação jurídica etc.) (HÄBERLE, 2007, p. 70-71).

O Estado volta-se à construção de um direito constitucional comum ou direito de cooperação, voltado a uma comunidade de Estados constitucionais, na qual estes não existiriam apenas para si mesmos, mas como referências aos demais integrantes (HÄBERLE, 2007, p. 63). Nesse processo, o direito comum de cooperação entre Estados constitucionais depende, entre outros fatores, da independência de sua jurisdição, como motor de integração, para fazer avançar a defesa dos direitos humanos, em todos os âmbitos (HÄBERLE, 2007, p. 64).

O exemplo mais realístico de que os Estados assumem novas formações a partir da cooperação, coroando a fisionomia do Estado Constitucional Cooperativo, vem através dos Estados que conjugam a União Europeia. Ali, gradualmente, os países renderam-se à abertura em seus ordenamentos, possibilitando uma transferência de competências a órgãos decisórios além de suas fronteiras (CANEPARO, 2016, p. 53).

O Estado constitucional não tem seu foco voltado apenas para si próprio, mas para a comunidade das nações, enxergando-a como visualiza a si mesmo. Tal fato se materializa através da previsão e consagração cada vez maior de princípios gerais nesse sentido, como aqueles voltados aos direitos humanos e bens universais como a paz, o meio ambiente, a cooperação entre os povos, a saúde, educação, dentre outros (HÄBERLE, 2016, p. 71).

Tendo como meta a superação de diferenças culturais, econômicas e legais, o Estado Constitucional Cooperativo busca aproximar as nações em prol de objetivos comuns e universais, de modo que, a Ordem Internacional e Estado Constitucional formam um conjunto que não pode ser claramente delimitado, diante dos diversos pontos de cruzamento existentes, não se podendo afirmar que o Direito Constitucional começa onde

termina o Direito Internacional e vice-versa. O resultado é Direito Comum de Cooperação (HÄBERLE, 2007, p. 11-12).

Nesse cenário, discute-se o desenvolvimento de uma espécie de direito comum latino-americano, cuja gênese seria a Convenção Americana de Direitos Humanos, um instrumento vivo que passa a ser visto como uma constituição transnacional ou um bloco de convencionalidade/constitucionalidade (LEGALE, 2019, p. 121).

Ante essa realidade, "*con los modestos medios del constitucionalista es preciso llevar a cabo todo lo necesario para que un continente como América Latina, con su riqueza multiétnica e multicultural, se reafirme también en la era de la globalización*" (HÄBERLE, 2003, p. 3).

Defende-se que a Corte Interamericana de Direitos Humanos – Corte IDH se converteu em uma corte constitucional transnacional, adotando linguagem, discurso e posicionamento mais incisivo em sua jurisdição consultiva e contenciosa, com a finalidade de funcionar de modo análogo a um tribunal constitucional (LEGALE, 2019, p. 121). Tal perspectiva, desde que gradualmente consolidada e aceita pelos Estados signatários, seria um avanço para concretização de um importante aspecto dos Estados Constitucionais Cooperativos: a proteção direta dos direitos fundamentais através de uma instância supranacional (HÄBERLE, 2007, p. 33).

Todavia, grande parte dos países latino-americanos ainda resiste a esse panorama integrativo ao insistir no obsoleto dualismo, um modelo "morto-vivo", haja vista a evolução do direito internacional, dos ordenamentos nacionais e, em geral, do cenário jurídico global (ACOSTA ALVARADO, 2016, p. 25).

As funções da Corte IDH, como corte constitucional, não implicam necessariamente sua superioridade hierárquica sobre os tribunais constitucionais. Ao contrário, temos um vivo exemplo de pluralismo constitucional, cuja importância reside em se verificar quem assegura a maior tutela aos direitos humanos (ACOSTA ALVARADO, 2015, p. 123).

Diante das considerações aqui tecidas, resta evidente a relação do Estado constitucional cooperativo, idealizado por Pëter Häberle, com objetivos como a integração, o pluralismo e a defesa dos direitos humanos.

Existem outras características constantes das Constituições nacionais que indicam o grau e tipologia acerca da cooperação intensiva e extensiva, a partir da inclusão de certos desenvolvimentos textuais, os quais serão

analisados no próximo tópico. Portanto, prosseguindo o estudo, serão apresentados tais aspectos à luz do ordenamento jurídico brasileiro, em especial da Constituição Federal de 1988, verificando-se até que ponto o País se aproxima, daquele modelo estatal.

2. ASPECTOS DO ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO NA CF/88

Pode-se delinear o nível cooperativo de um Estado quando, em seu texto constitucional, existir: artigo preambular, que reconheça a inclusão na comunidade ou família de povos; artigo que adote a (tarefa de) cooperação, uma "vantagem mútua", ocasionalmente concentrada em âmbito regional; artigo de parceria ou solidariedade; recepção de pactos de direitos humanos regionais ou universais; integração de normas de direito internacional universalmente reconhecidas; artigo de primazia ou colisão em favor do direito internacional, a exemplo, dos direitos humanos; normas de interpretação conforme o direito internacional ou favorável a esse, não apenas em direitos humanos; artigo de fontes do direito aberto ao direito internacional; cláusula de interpretação abertas ao direito estrangeiro (HÄBERLE, 2007, p. 57-58).

Ao inserir boa parte dessas premissas na da Constituição Federal de 1988, o constituinte brasileiro seguiu a forte tendência do constitucionalismo global contemporâneo ao prestigiar tanto a integração, respeito e consideração nacional a outros Estados, quanto ao compromisso de implementar normas internacionais destinadas à proteção do ser humano, através do estabelecimento de princípios e garantias relacionadas a direitos fundamentais.

Nesse sentido, o artigo 4º da referida Carta, traz um elenco sistematizado de princípios que regem a República Federativa do Brasil em suas relações internacionais, sedimentando aquela perspectiva. No dispositivo, são expostos os valores e a tradição brasileira em suas relações com outros Estados, dando tais princípios suporte ao novo paradigma na estruturação do Estado democrático de direito, como crenças supremas da vida social, que ultrapassam seu território.

Elencado no inciso IX do Art. 4º, o princípio da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, possui proximidade com outros,

como a prevalência dos direitos humanos, a defesa da paz, a autodeterminação dos povos e a igualdade entre os Estados. Portanto, ao seguir aquelas diretrizes constitucionais, ante o atual contexto de globalização, o Brasil é compelido a interagir e cooperar com outros Estados, especialmente em âmbito regional, como se verá adiante.

No art. 4º, IX, da Constituição Federal, há enunciado do qual se extrai norma no sentido de que o Brasil deve se projetar, nas relações internacionais, como um Estado cooperativo, estando atento às necessidades existentes num contexto histórico determinado (CLEMENTINO, 2016, p. 127). O mesmo artigo, em seu parágrafo único, fixa que o país se integre aos Estados latino-americanos no âmbito econômico, político, social e cultural, para formar uma comunidade regional, visando germinar uma rede de cooperação, em prol de interesses comuns.

Nesse cenário, outros países latino-americanos também têm destacado essa integração, reservando aos tratados internacionais de direitos humanos lugar especial em suas constituições, inserindo-as em contextos supranacionais, confirmando que as constantes transformações ocorridas nas sociedades são refletidas em seus ordenamentos jurídicos, que devem ser adaptados aos novos contextos sociais (ANDRADE, 2020, p. 134).

Como exemplos dessa tendência, seguindo o critério cronológico de promulgação e revisão temos as Constituições do Paraguai (art. 145), da Argentina (art. 75, inc. 24), da Venezuela (art. 153) e do Uruguai (art. 6º), para citar apenas nações que compõem o MERCOSUL, cujo Tratado fundador prioriza essa integração, havendo protocolo específico sobre direitos humanos, cujo art. 1º dispõe que "a plena vigência das instituições democráticas e o respeito dos direitos humanos e das liberdades fundamentais são condições essenciais para a vigência e evolução do processo de integração entre as Partes".

Outro aspecto revelador do constitucionalismo cooperativo, presente em certos dispositivos da Constituição Federal de 1988, é a abertura do País ao direito internacional, conforme sinalizado nos parágrafos 2º, 3º e 4º, do art. 5º, da Carta Magna.

Tais normas espelham atributos típicos do Estado Constitucional Cooperativo ao reconhecerem, respectivamente, a recepção de pactos regionais ou universais de direitos humanos como fontes de direitos; ao

elevarem certos tratados internacionais à categoria de normas constitucionais; e, ao submeterem o Estado à Jurisdição de Cortes Internacionais.

É possível afirmar que a abertura promovida pelo §2º do art. 5º, da CF/88, "faz com que o Estado brasileiro possa ser considerado, de certo modo, como um Estado Constitucional Cooperativo, já que rompe suas fronteiras em prol da cooperação a proteção dos direitos humanos" (MOREIRA, 2015, p. 104).

Na Constituição brasileira, pode-se salientar dois pontos que parecem confirmar as ideias propagadas pela teoria do Estado Constitucional Cooperativo: os princípios que regem as relações internacionais da República Federativa do Brasil (art. 4º) e a viabilidade de inclusão de tratados internacionais de direitos humanos no bloco de constitucionalidade (art. 5º, §3º) (OLIVEIRA, 2009, p. 72).

Discute-se, nesse cenário, a gênese de uma espécie de direito constitucional comum latino-americano, com base na teoria de Häberle, ao ser analisada a decisão (RE n° 349.703/RS) do Supremo Tribunal Federal - STF sobre a hierarquia normativa do Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos), no ordenamento jurídico brasileiro.

O referido Pacto possui bastante similaridade com a Convenção Europeia de Direitos Humanos, que já segue caminho de abertura idêntico (HÄBERLE, 2009, p. 423). Desde 1977, no julgamento do RE nº 80.004/SE, o STF adotava o entendimento de que os tratados internacionais, de modo geral, encontravam-se equiparados juridicamente à lei ordinária federal, não tendo legitimidade para confrontar/complementar preceitos constitucionais naquela matéria (OLIVEIRA, 2009, p. 68).

Tal entendimento perdurou até 2008, quando a Corte, ao julgar os Recursos Extraordinários n° 349.703 e 466.343, decidiu que, em um cenário de abertura cada vez maior dos Estados constitucionais, inclusive do Brasil, a ordens jurídicas supranacionais de proteção de Direitos Humanos, aquela jurisprudência havia se tornado insuficiente e obsoleta, sendo a mesma renovada, ao se adotar a tese da supralegalidade daqueles tratados (OLIVEIRA, 2009, p. 69).

Em seu voto no RE n° 349.703/RS, o Ministro Gilmar Mendes sustentou que não se pode perder de vista que, hoje, vivemos em um Estado Constitucional Cooperativo, identificado por Häberle como aquele que

não mais se apresenta como Estado voltado para si mesmo, mas que se disponibiliza como referência para outros Estados Constitucionais membros de uma comunidade, e no qual ganha relevo o papel dos direitos humanos e fundamentais.

Não há dúvida de que, no Estado Constitucional Cooperativo, é mais consistente a interpretação que atribui supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos, adotando-se a tese de que tais tratados seriam infraconstitucionais, mas, pelo seu caráter especial, em relação a demais atos normativos internacionais, são dotados daquele atributo (MENDES, 2009. p. 27). Assim, tratados sobre direitos humanos não podem afrontar a supremacia da Constituição, mas paralisam a eficácia jurídica de normas infraconstitucionais que com ela conflitem, como a prisão civil do depositário infiel, que não foi revogada, mas deixou de ter aplicabilidade pelo efeito paralisante de tratado em relação à legislação que regula o tema.

O mencionado §3º do art. 5º da CF/88 é criticado por doutrinadores que defendem que deveria estar claro que tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil têm equivalência de norma constitucional e aplicação imediata no ordenamento interno e, caso mais benéficos, teriam força superior à norma constitucional.

O legislador *além de demonstrar total desconhecimento do direito internacional público, notadamente das regras basilares da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, em especial as de jus cogens, traz o velho e arraigado ranço da já ultrapassada noção de soberania absoluta"* (MAZZUOLI, 2007, p. 175). Portanto, para o saneamento de colisões entre tratados internacionais de direitos humanos e a Constituição Federal, teria prevalência o princípio *pro persona*.

3. A (IN)VIABILIDADE DO ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO NO BRASIL, NO ÂMBITO REGIONAL

Conforme exposto ao longo deste estudo, o ordenamento jurídico do Brasil, em especial a Constituição Federal de 1988, consubstancia aspectos que o aproximam de um Estado Constitucional Cooperativo. Porém, apesar da existência de preceitos que delineiam tanto a integração internacional, quanto a prevalência dos direitos humanos, percebe-se que

certas conjunturas o aproximam ou, não raras vezes, o afastam daqueles objetivos.

No que se refere ao respeito às decisões de cortes internacionais, forte marca do Estado Constitucional Cooperativo, o quadro ainda é de observância insatisfatória de grande parte dos julgados.

Pode-se mencionar o caso Ximenes Lopes, primeira condenação do Brasil na Corte IDH, a qual, apesar das determinações contidas na sentença, não houve a implementação de efetivas políticas públicas antimanicomiais, sendo comuns denúncias relacionadas a maus tratos em instituições que abrigam pessoas com deficiência mental, passados mais de vinte anos dos fatos que deram causa àquela condenação.

Cite-se ainda o entendimento do STF acerca da recepção pela CF/88 da Lei de Anistia, que beneficia acusados de ilícitos ocorridos durante o regime militar, ignorando, segundo a Corte IDH, obrigações internacionais assumidas pelo País, especialmente sobre a imprescritibilidade dos crimes cometidos em situações excepcionais.

A imprescritibilidade é o modo de assegurar que os responsáveis por tais crimes sejam julgados em qualquer tempo, especialmente se, na época do cometimento do crime, as contingências políticas e sociais do país não eram propícias para a condução dos processos criminais (MAGALHÃES, 2015, p. 310). Assim, o Brasil além de atentar contra compromissos assumidos internacionalmente, também o faz em relação aos direitos humanos, ao negligenciar tais julgados, afinal, se o Estado deve ser Cooperativo, a Jurisdição, como função típica, terá que se adaptar aos seus preceitos através de uma Jurisdição Cooperativa, conforme proposto por Häberle.

Tal jurisdição seria aquela aberta ao Direito Internacional e caracterizada pela: a) aplicação do Direito Internacional, principalmente o dos Direitos Humanos, pelo Estado-Juiz; b) pela prática dos Diálogos da Jurisdição Cooperativa – Diálogo das Fontes, Diálogo das Cortes e Diálogo Interjurisdicional; e, c) pelo exercício do Controle de Convencionalidade" (MOREIRA, 2017, p. 457).

No espaço internacional mais próximo, o Brasil tem demonstrado desinteresse numa maior integração com países adjacentes, evidenciado pelo descaso em relação ao Mercosul. Na citada organização, voltada especialmente à integração econômica, seus membros assumem o compromisso de agir em conjunto para alcançar finalidades comuns.

Contudo, não há órgãos supranacionais que questionem decisões internas de seus membros, relegando o bloco a mero órgão intergovernamental, ao invés de supranacional. Faltam mecanismos constitucionais que permitam maior integralização, como a previsão de procedimento mais simples de internacionalização de normas oriundas de tratados firmados junto ao bloco (ANDRADE JÚNIOR, 2014, p. 105-106).

Além da falta daqueles instrumentos, existem outros obstáculos, como recentes tensões políticas e econômicas com a Argentina, que levaram o Brasil a cogitar sua saída do MERCOSUL, e a crise política e humanitária na Venezuela, suspensa do bloco pela quebra de sua ordem democrática, gerando cenário de desconfiança, incerteza e instabilidade na América Latina.

O caso venezuelano ilustra o risco de abertura demasiada do Estado cooperativo, de modo a ficar exposto a "Estados selvagens", que seriam aqueles com regimes autoritários e antidemocráticos (HÄBERLE, 2007, p. 8), como é reconhecido, por boa parte da comunidade internacional, o governo de Nicolás Maduro.

A crise na Venezuela causou uma diáspora de sua população para países vizinhos, em um dos maiores fluxos migratórios já ocorridos na América. Na ocasião, tem sido louvável a atuação brasileira em atenção a ideais ligados à solidariedade, sendo possível falar da relação entre o Estado constitucional cooperativo e os direitos humanos dos migrantes, especialmente no que diz respeito à necessidade, apontada por Häberle, de efetivação dos direitos cooperativos básicos (MOREIRA, 2017, p. 107).

Ainda em relação aos migrantes, o STF reconheceu os estrangeiros residentes no Brasil como beneficiários da assistência social prevista no art. 203, V, da CF/88, atendidos os requisitos constitucionais e legais (RE 587.970/SP) (MOREIRA, 2017, p. 111).

Outras matérias de interesse comum, como as ambientais, sanitárias e de segurança, têm colocado o Brasil em destaque na agenda internacional.

A União Europeia cogitar abandonar acordos comerciais com o Mercosul, devido às recentes queimadas na região amazônica. A França, por exemplo, criticou a gestão ambiental brasileira, sugerindo a atuação internacional conjunta, levando o Brasil a recorrer à soberania para justificar sua política florestal, criticada devido à influência de setores do agronegócio.

Em se tratando de questões difusas, como a ambiental, as escolhas do Estado e da sociedade devem se pautar pela ética e solidariedade, em um espaço de cooperação, pois no Estado Constitucional Democrático de Direito e Cooperativo não há como insistir em um modelo de desenvolvimento insustentável, que admita perdas irreversíveis na natureza, ameaçando a capacidade de gerações futuras satisfazerem suas necessidades vitais (CAMPELLO, 2013, p. 375).

Atualmente, problemas globais não podem ser resolvidos por um Estado-Nação atuando em solitário, tampouco por Estados que apenas lutam para ocupar lugar em blocos regionais. À medida que aumentam as exigências ao Estado, surgem problemas que não podem ser adequadamente resolvidos sem a cooperação de outros Estados e atores não estatais (HELD, 2012, p. 26).

A emergência sanitária global em curso, decorrente da pandemia da Covid-19, tem confirmado que a cooperação é o único meio para a solução de problemas complexos e, nesse ponto, infelizmente, o Brasil tem cada vez mais se isolado nos últimos anos, ao invés de buscar soluções conjuntas ao enfrentamento dessa grave crise. Ao contrário, mesmo internamente, não se consegue chegar a um diálogo produtivo entre os entes federativos para tanto.

Ante tudo o que foi explorado ao longo deste trabalho, entende-se que o Brasil pode ser caracterizado, essencialmente, como um Estado Constitucional Cooperativo, mas, de modo geral, a ideia (ainda) não se concretiza de forma integral. Não há norma constitucional irrelevante ou de aplicação indiferente. A integralização política junto aos Estados da América Latina, pretendida pelo constituinte originário, deve ser implementada, sendo interessante o aprimoramento do texto constitucional para definir mais claramente procedimentos que permitirão a integração (ANDRADE JÚNIOR, 2014, p. 103).

Por fim, espera-se que o Brasil se revigore como Estado Constitucional Cooperativo ampliando sua integração regional; respeitando fielmente a jurisprudência da Corte IDH, quando esteja obrigado ou vinculado; estimulando a criação de espaços de diálogo para debater temas de interesse comum e buscando sempre a solução pacífica de controvérsias na comunidade latino-americana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir dos argumentos suscitados ao longo da presente pesquisa, determinadas conclusões podem ser estabelecidas. Como visto, os Estados nacionais clássicos, soberanos, isolados e autossuficientes, entraram em colapso com o fenômeno da globalização. Portanto, o modelo de Estado Constitucional Cooperativo, apesar de não ser um paradigma pronto e de imediata implementação, pode ser peça chave na garantia dos direitos humanos, servindo para reduzir desigualdades sociais e econômicas, através do ideal de cooperação e solidariedade universais.

No âmbito brasileiro, verifica-se que o País possui inúmeros dispositivos constitucionais que lhe proporcionam um arcabouço jurídico capaz de torná-lo um protagonista na integração regional, no contexto latino-americano, deixando em segundo plano, interesses exclusivamente nacionais, em prol de uma maior aproximação com outras nações, ainda que de menor poder econômico, mas com identidade histórica e cultural próximas, contribuir para a formação de uma comunidade coesa e cada vez mais homogênea. Todavia, nota-se que, apesar dos princípios e objetivos constitucionais, certas preferências do Brasil, em termos de política externa, ou mesmo posicionamentos jurisprudenciais, têm afastado o Brasil daqueles ideais, o que exprime uma inobservância aos preceitos basilares de integração, na contramão do que prevê a Carta Maior.

Assim, espera-se que o Brasil seja capaz de revigorar seu tradicional papel de destaque na cooperação internacional regional, através de medidas como valorizar o MERCOSUL, principal bloco de integração do qual participa; respeitar e fazer cumprir internamente as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos e de outros órgãos supranacionais dos quais seja parte; estimular a criação de espaços de diálogo para debater temas de interesse regional, como questões relacionadas ao meio ambiente, à saúde, à educação, à geração de empregos, buscando à solução pacífica de controvérsias no seio dessa comunidade, estimulando as demais nações latino-americanas no mesmo sentido.

Ademais, verifica-se que a teoria de Peter Häberle, acerca do Estado Constitucional Cooperativo, continua viva e atual, sendo passível de aplicação em espaços constitucionais fora do âmbito europeu, cenário este

no qual o referido modelo estatal encontrou terreno fértil para germinar e florescer, dado o avançado nível de integração regional construído ao longo do tempo e o interesse daqueles povos em sua materialização.

Por fim, espera-se que o estudo tenha contribuído ao entendimento do Estado Constitucional Cooperativo e seu papel na concretização dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. Zombis vs. Frankenstein: "Sobre las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno". In.: **Estudios Constitucionales**, Año 14, n. 1, p. 15-60. Santiago, 2016.

ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. **Más allá de la utopía: del diálogo interjudicial a La constitucionalización del derecho internacional. La red judicial latinoamericana como prueba y motor del constitucionalismo multinivel**. Tesis Doctoral. Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho. Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset. Madrid, 2015.

ANDRADE JÚNIOR, Everaldo Magalhães *et al*. Estado Constitucional Cooperativo: a dinâmica europeia e seus contornos no Brasil. In: **Direito Constitucional Europeu**. Brasília: IDP, 2014.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 03 fev. 2021.

ANDRADE, Bruno Pereira de; CLEMENTINO, Marco Bruno Miranda; MENDES, Guilherme Marinho de Araújo. Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Civil: Uma Análise de Dados no Âmbito da Justiça Federal do Rio Grande do Norte. In.: Fabiano Koff Coulon; Fabrício Germano Alves; Francisco Geraldo Matos Santos; Leonardo Rabelo de Matos Silva. (Org.). **Facticidade do Direito**. 1ª ed., v. 1, p. 130-153. Rio de Janeiro: Pembroke Collins, 2020.

CAMPELLO, Lívia Gaigher Bósio. Meio ambiente e Estado Constitucional Cooperativo. **Revista Thesis Juris,** vol. 2. nº 2, p. 353-378, São Paulo: UNINOVE, jul-dez. 2013.

CANEPARO, Priscila. A importância do Estado Constitucional Cooperativo - Delimitações a partir da Cooperação, Direito Constitucional e Direito Internacional. **Revista de Direito Brasileira**, v. 15, n. 6, p. 47-60, São Paulo: CONPEDI, set-dez. 2016.

CLEMENTINO, Marco Bruno Miranda. **Cooperação Jurídica Internacional Penal-Tributária e Transnacionalidade**. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

CONTIPELLI, Ernani. Globalização, Estado Constitucional Cooperativo e meio ambiente. In.: CAÚLA, Bleine Queiroz; COUTINHO, Júlia Maia de Meneses; LEITÃO, Rômulo Guilherme (Orgs.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. v. 10. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

HÄBERLE, Peter. **El Estado Constitucional**, Tradução de Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autônoma de México, 2016.

HÄBERLE, Peter. El Estado Constitucional Europeo. ***Revista* de *Derecho* Constitucional Europeo**. Año 6, nº 11, p. 413-434. Granada: ReDCE, Enero-Junio/2009.

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

HÄBERLE, Peter. Mexico y los contornos de un Derecho Constitucional común americano: Un *Ius Commune Amercianum*. In: HABERLE, Peter; KOTZUR, Markus. **De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano.** Trad. Héctor Fix-Fierro. Mexico: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição**. Tradu-

ção de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HELD, David. **Cosmopolitismo**: ideales y realidades. Madrid: Alianza Editorial, 2012.

LEGALE, Siddharta. La Constitución Interamericana: Los 50 Años de La Convención Americana sobre Derechos Humanos en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In.: **XLVI Curso de Derecho Internacional**, p. 121-169. Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XLVI_ curso_derecho_internacional_2019.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2021.

MAGALHÃES, Breno Baía. **Pluralismo Constitucional Interamericano: A leitura plural da Constituição de 1988 e o diálogo entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.** 2015. 385 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Belém, 2015. Programa de Pós-Graduação em Direito. Disponível em: <http://repositorio.ufpa.br/jspui/bitstream/2011/7497/1/Tese_Plura lismo-ConstitucionalIntramericano.pdf>. Acesso em: 09 fev. 2021.

MALISKA, Marcos Augusto. Estado Constitucional Cooperativo, Democracia e Parlamento em Instituições Supranacionais e Intergovernamentais. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da Unibrasil**, vol. 1, nº 7, p. 75-81, Curitiba: Unibrasil, 2007.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O novo § 3º do artigo 5º da Constituição e sua eficácia**. In: GOMES, Eduardo Biacchi e REIS, Tarcísio Hardman (coords.). O direito constitucional internacional após a emenda 45/04 e os direitos fundamentais. São Paulo: Lex Editora, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Observatório da Jurisdição Constitucional.** Ano 2. Brasília: IDP, 2008/2009.

MICHAEL, Lothar. En el 80 cumpleaños de Peter Häberle. **Revista de Derecho Constitucional Europeo**. Año 11, nº 22, p. 215-219, jul-dic. 2014.

MOREIRA, Thiago Oliveira. **A Aplicação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos pela jurisdição brasileira**. Natal: EDUFRN, 2015.

MOREIRA, Thiago Oliveira. El Estado constitucional cooperativo y la concreción de los derechos humanos de los migrantes por la jurisdicción. In.: SOLANES CORELLA, Ángeles (Ed.), **Derechos humanos, diversidad y convivencia: Actas del III Congreso internacional MULTIHURI**, Instituto de Derechos Humanos de la Universitat de València, València, 2017.

MOREIRA, Thiago Oliveira. Implicações do modelo häberleano de estado cooperativo na jurisdição. In.: DOMINGUES, P. T.; ROVAI, A. L.; VEIGA, F. S. (coords.). **O Direito Lusófono**. Porto: Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos, 2017. p. 445-458.

OLIVEIRA, Ricardo Victalino de. A Jurisdição Constitucional Brasileira em Matéria de Tratados Internacionais sob a perspectiva do Estado Constitucional Cooperativo. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 12, nº 23, p. 60-81, Belo Horizonte: PUC, jan-jun. 2009.

SLAUGHTER, Anne-Marie. Sovereignty and power in a networked world order. 40 **Stanford Journal of International Law**. Stanford, p. 283-327, 2004. Disponível em: <https://www.law.upenn.edu/live/files/1647-slaughter-annemarie-sovereignty-and-power-in-a>. Acesso em: 03 fev. 2021.

RESUMOS

A IMPORTÂNCIA DO RESGUARDO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA NO CONTEXTO DE CALAMIDADE PÚBLICA DA PANDEMIA DA COVID-19

Adriana Souza Dinelly[96]

INTRODUÇÃO

Em um Estado Democrático de Direito, é imprescindível que haja o efetivo respeito aos princípios presentes na Constituição Federal, de maneira que não se pode presumir a subsistência de uma ordem democrática na qual não haja a concretização fática de direitos e garantias fundamentais e de princípios democráticos. Nesse sentido, imperioso é destacar, dentre os principais princípios constitucionais que orientam a atividade dos gestores públicos brasileiros, o Princípio da Moralidade Administrativa, presente no bojo da Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, *caput*. Tal princípio merece destaque na atualidade, sobretudo no âmbito da Administração Pública e da gestão de recursos públicos em tempos de crise.

É urgente, pois, uma discussão acerca das inúmeras violações à Moralidade Administrativa no contexto pandêmico que se vive hodiernamente, tendo em vista que esse princípio é responsável por resguardar direitos

96 Bacharel em Direito pelo CEUNI-Fametro, em Manaus/AM; pós-graduanda em Direito Constitucional e em Direito Processual Civil.

fundamentais dos administrados, na medida que é corolário da Indisponibilidade do Interesse Público e acaba vinculando a atividade administrativa à observância de uma gestão adequada de recursos públicos, sobretudo em um contexto que demanda, especialmente, uma atuação ética e proba dos gestores públicos como é o contexto da pandemia da Covid-19.

Dessa feita, o presente trabalho tem o escopo de compreender a importância da observância desse princípio constitucional pela Administração Pública em um contexto de crise, bem como analisar se a Administração Pública brasileira vem atuando em conformidade com o referido princípio durante a pandemia do novo coronavírus.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Segundo Rodrigues Neto e Lehfeld (2020), o Estado Democrático de Direito é um princípio constitucional estruturante da República Federativa do Brasil, sobretudo no contexto de um regime jurídico administrativo inovador, que busca a consecução de uma Administração Pública democrática, com a efetiva participação social nas decisões e com eficiência na gestão da máquina pública, afastando-a de uma gestão essencialmente burocrática.

Nesse contexto, é inafastável do conceito de Estado Democrático de Direito a estrita observância do princípio constitucional da Moralidade Administrativa, tendo em vista que essa busca, necessariamente, uma gestão ética e em conformidade com a probidade administrativa, tendo como alicerce a Indisponibilidade do Interesse Público, sobretudo em um contexto de crise generalizada, quando a observância de uma gestão adequada de recursos públicos se faz tão necessária.

Em matéria de gestão de recursos públicos e da consequente necessidade de observância do princípio licitatório (art. 37, XXI, CRFB/88) para diversas contratações públicas, é imprescindível trazer à tona o conteúdo da Lei nº 13.979/2020, que dispôs sobre medidas emergenciais de enfrentamento da pandemia da Covid-19 e, consoante aduz Justen Filho (2020), em razão da instauração do estado de calamidade pública, não apenas traz um procedimento que afasta a licitação típica, mas também atenua requisitos de habilitação, simplifica procedimentos prévios e flexibiliza quanto à escolha dos fornecedores, o que acaba por aumentar consideravelmente

a discricionariedade dos gestores públicos em um procedimento que, anteriormente, era estritamente vinculado ao regime legal.

Consoante dita Almeida (2020), as hipóteses de flexibilização dos procedimentos licitatórios trazidas pela Lei nº 13.979/20 revelam-se de um potencial lesivo imprevisível, exigindo da Administração Pública uma gestão de risco e tomada de precauções severas e abrangentes, com vistas a garantir a observância da moralidade. Justen Filho *apud* Almeida (2020, p. 62-63) argumenta o seguinte:

> Essa modificação do modelo normativo para as contratações públicas exige a contrapartida da elevação do nível de consciência dos agentes estatais. A confiança que neles é depositada deve ser honrada com condutas ilibadas e decisões cautelosas. [...]

Ademais, também importa destacar a vigência da Lei nº 14.065/2020, que autoriza pagamentos antecipados nas licitações e nos contratos realizados no âmbito da Administração Pública, bem como modifica os limites de dispensa de licitação e amplia o uso do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) durante o estado de calamidade pública da pandemia da Covid-19, o que, sem hesitação, também aumenta o nível de discricionariedade dos gestores públicos.

METODOLOGIA

O presente trabalho utiliza-se de um método dedutivo de análise bibliográfica, documental e empírica acerca do instituto da Moralidade Administrativa, sua previsão no ordenamento jurídico e a importância dada a esse princípio, bem como uma análise fática através de estudos e constatações acerca da atuação dos gestores públicos no contexto da pandemia da Covid-19.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Tendo em vista que, cotidianamente, os noticiários nacionais repercutem denúncias de corrupção e desvio de verbas públicas, bem como de desvios de finalidade, pautados, sobretudo, nas legislações e regulamentos específicos no âmbito da pandemia da Covid-19, é imprescindível que

haja, por parte da Administração Pública, uma severa e abrangente gestão de riscos e tomada de precauções, com vistas a resgatar uma atuação mais vinculada dos gestores públicos e garantir uma maior observância da Moralidade Administrativa e, por conseguinte, de outros princípios basilares da Administração Pública.

É necessário, pois, compreender, que, não obstante a atuação administrativa em um contexto de grandes incertezas sociais, políticas e orçamentárias exija a concessão de uma liberdade maior aos Administradores Públicos no que tange à administração de recursos orçamentários, o cuidado com o erário público faz-se demasiadamente necessário no contexto atual, haja vista que a consecução do interesse público primário jamais pode ser afastada da preservação da probidade e da ética na gestão pública.

CONCLUSÕES

Chega-se ao entendimento, pois, de que a Moralidade Administrativa é princípio de observância imprescindível em um Estado Democrático de Direito, sobretudo, àquele que é dotado de um regime jurídico administrativo que busca, essencialmente, uma Administração mais gerencial, participativa, democrática e pluralista, diversa daqueles conceitos antigos de Administração demasiadamente burocrática e individualizada.

A Constituição Federal de 1988 sedimenta, assim, os princípios de observância preliminar da Administração Pública, que consistem na Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência. Cada um desses princípios é dotado de importância ímpar na consecução dos objetivos intrínsecos à Administração Pública, que compreendem, em suma, a preservação do interesse público primário, esse que não subsiste sem uma atuação necessariamente ética e proba do gestor de recursos públicos.

Ademais, é importante concluir que o atual contexto de crise, que culmina em um estado de calamidade pública, causado pela pandemia da Covid-19, autoriza, principalmente, por meio das Leis nº 13.979/20 e 14.065/20 e respectivos regulamentos um regime de maior flexibilização, e consequente mitigação, de princípios imprescindíveis à observância da devida Moralidade Administrativa, como o Princípio da Vinculação ao Instrumento Licitatório.

Por essa razão, faz-se necessário que haja, por parte da própria Administração Pública, um mecanismo enérgico de gestão de riscos e de tomada de precauções, tendo em vista que o contexto de calamidade pública pode exigir a concessão de maiores liberdades na atuação administrativa, mas, em hipótese alguma, autoriza a inobservância de uma atuação ética e de acordo com a moralidade e demais princípios mandatórios à Administração. Em qualquer contexto, portanto, a atuação Administrativa deve perseguir, estritamente, o atendimento da finalidade pública precípua, que consiste na concretização e resguardo do interesse público primário e da justiça social.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Vitor Silveira Barbosa. **Medidas excepcionais para contratações e licitações públicas durante a pandemia do novo coronavírus: análise à luz dos princípios do direito administrativo**. Monografia. Sousa, PB: UFCG, 2020. Disponível em: http://dspace.sti.ufcg.edu.br:8080/xmlui/handle/riufcg/17361?show=full. Acesso em: 18 mar. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 18 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.979.** Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm. Acesso em: 18 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.065**. Autoriza pagamentos antecipados nas licitações e nos contratos realizados no âmbito da administração pública; adequa os limites de dispensa de licitação; amplia o uso do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) durante o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020; e altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de

2020, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14065.htm. Acesso em: 18 mar. 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. Um novo modelo de licitações e contratações administrativas? In: JUSTEN FILHO, Marçal *et al*. **Covid-19 e o direito brasileiro**, 2020, p. 23-47. Disponível em: https://www.passeidireto.com/arquivo/81333489/covid-19-e-o-direito-brasileiro-2020-marcal-justen-filho-e-outros. Acesso em: 13 mar. 2021.

RODRIGUES NETO, Arnaldo; LEHFELD, Lucas de Souza. Estado democrático de direito como princípio estruturante e a defesa da moralidade administrativa. **Transições**, Ribeirão Preto, v. 1, n. 2, 2020. Disponível em: https://periodicos.baraodemaua.br/index.php/transicoes/article/view/141. Acesso em: 13 mar. 2021.

A RECONSTRUÇÃO DA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO SOB A ÓTICA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO

Adriano da Silva Ribeiro[97]

INTRODUÇÃO

A proposta de pesquisa é a verificação, precisamente nos Processos Administrativos, da aplicação do instituto da distribuição do ônus da prova, posta no art. 373 do Código de Processo Civil (CPC) (BRASIL, 2015).

O instituto da prova é aplicado na seara administrativa, com destaque para a Lei de Licitações e Contratos e a Lei Geral do Processo Administrativo (BRASIL, 1999), portanto, no âmbito do processo administrativo. O parâmetro será a Lei Federal nº 9.784/99, tendo o direito à prova um dos postulados de suma importância (BRASIL, 1999). Registre-se que a garantia é constitucional, conforme art. 5º inciso LV da Constituição da República (BRASIL, 1988) e repetida na lei federal, em algumas passagens,

97 Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela UMSA. Mestre em Direito PPGD/FUMEC. Editor Assistente e Responsável Técnico na Revista Meritum do PPGD/FUMEC. Editor Chefe das Revistas e Pesquisas do Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP). Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito Processual (GEPRO).

tais como: o art. 2º, inciso III, art. 36 e art. 37 (BRASIL, 1999). Observa-se, a respeito disso, a necessidade de conferir se o instituto da prova, nos termos do art. 373, do CPC (BRASIL, 2015), tem sido utilizado pelo Estado no âmbito dos seus processos administrativos e sua aplicação como está atende o processo constitucional, por seus princípios institutivos e o próprio Estado Democrático de Direito.

São objetivos específicos: a) conceituar os princípios institutivos do processo (ampla defesa, contraditório e isonomia); b) estudar os direitos e as garantias processuais aplicadas ao processo administrativo; c) descrever a situação atual do ônus da prova, abordando o conceito e a evolução, no processo administrativo; d) estudar a teoria dinâmica do ônus da prova no processo administrativo.

Diante dessa pequena introdução sobre o tema-problema, a pesquisa analisará, como se verifica no objetivo descrito abaixo, as circunstâncias que envolvem a aplicação da teoria dinâmica da distribuição do ônus da prova nos processos administrativos.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

O marco teórico da dissertação é a Teoria do Processo Constitucional Democrático, pela obra de José Alfredo de Oliveira Baracho (1984), bem como os estudos de Sérgio Henriques Zandona Freitas (2014), a propósito do Direito Processual da Administração Pública, buscando ainda a testificação de Popper (2007), objeto das pesquisas de Rosemiro Pereira Leal (2018) e André Cordeiro Leal (2002).

METODOLOGIA

Quanto aos aspectos metodológicos, será baseada no procedimento analítico, que visa uma abordagem crítica do tema-problema. Fundamentar-se-á, portanto, no método indutivo. Realizar-se-á pesquisa exploratória, a fim de permitir maior familiaridade com o problema, com vistas a torná-lo mais explícito, que será efetivada por meio de pesquisa bibliográfica estrangeira e nacional e pesquisa documental (GUSTIN, 2010). Também de perspectiva interdisciplinar, mediante o estudo do

Direito Administrativo, do Processo Constitucional, e do Direito Processual Civil.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Durante a etapa de revisão da literatura, em busca de melhor compreensão dos tópicos abordados nessa pesquisa, notou-se que a questão distribuição do ônus da prova no processo administrativo (SILVA; PEREIRA; CAMARÃO, 2008), sob a ótica dos princípios institutivos do processo ainda merece atenção e estudos mais aprofundados.

Ressalta-se que, no processo administrativo (NOHARA; MORAES FILHO, 2011), os princípios vêm ganhando importância significativa, especialmente diante da processualização (MEDAUAR, 2008) do direito administrativo. Pode-se significar que o procedimento é a mera sequência de atos, enquanto que o processo é uma instituição constitucionalizada, composta de princípios institutivos (contraditório, ampla defesa e isonomia) (FREITAS, 2014). Assim, fez-se a opção pela terminologia "processo", em "processo administrativo", sem desmerecimento aos juristas contrários, que utilizam a expressão "procedimento administrativo" (SUNDFELD, 1987), sendo a escolha determinante para o desenvolvimento da pesquisa, com o viés no modelo constitucional do processo (CAMPOS, 2016). E, à luz do Estado Democrático de Direito, seja no processo ou no procedimento administrativo, o modelo constitucional de processo garantirá às partes, em contraditório, efetiva participação na construção da decisão e no resultado do litígio (RIBEIRO; FREITAS, 2019).

Gerou compreensão de que o instituto do ônus da prova aplica-se tanto ao direito processual civil quanto ao processo administrativo, vez que previsto na Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988). Prova, portanto, significa demonstrar as alegações firmadas por cada uma das partes, seja no processo judicial, seja no processo administrativo.

CONCLUSÕES

A conclusão da pesquisa confirma a necessidade da reconstrução da distribuição dinâmica do ônus da prova no processo administrativo pelo

Estado e pela Administração Pública, atendendo ao processo constitucional, por seus princípios institutivos e pelo próprio Estado Democrático de Direito.

Para aperfeiçoar o instituto da prova no processo administrativo e viabilizar a sua aplicação, a investigação dos principais fatores e modos por meio dos quais, foram testificados, a permitir concluir que, de fato, o novo processo constitucional administrativo, a partir da Constituição da República, revela-se concretizado com a participação do cidadão, bem assim a garantia do contraditório e da ampla defesa, portanto, sendo lícito exigir que também o Estado produza provas (e não apenas afirme).

REFERÊNCIAS

BARACHO, José Alfredo. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 13 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Brasília, DF: Presidência da República, 1999.

BRASIL. Código de Processo Civil (2015). **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 25 mar. 2021.

CAMPOS, Felipe de Almeida. **A teoria da prova e o processo administrativo sob a perspectiva do Código de Processo Civil de 2015**. 2016, 119f. Dissertação (Mestrado em Direito). Fundação Mineira de Educação e Cultura - FUMEC – Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, 2016.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. **A impostergável reconstrução principiológico-constitucional do processo administrativo disciplinar no Brasil**. 2014. 210f. Tese (Doutorado) – Pontifícia

Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, 2014.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**: teoria e prática. 3. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

LEAL, André 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. 14. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NOHARA, Irene Patrícia; MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de (org.). **Processo administrativo**: temas polêmicos da Lei nº 9.784/99. São Paulo: Atlas, 2011.

POPPER, Karl Raimund. **A Lógica da Pesquisa Científica**. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira de Mota. São Paulo: Cultrix, 2007.

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.

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.

SUNDFELD, Carlos Ari. A importância do procedimento administrativo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v.20, n.84, p.6474, out-dez. 1987.

ATITUDES DO PODER PÚBLICO FRENTE À BUSCA PELO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Kleber Destefani Ferretti[98]

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal do Brasil de 1988 (CF/88), traz no art. 225, que a sociedade brasileira tem direito ao "meio ambiente ecologicamente equilibrado", desde que seu uso seja consciente; por isso, cabe ao Poder Público defendê-lo para as gerações brasileiras presentes e futuras (BRASIL, 1988). Sendo o meio ambiente um ramo do Direito Público, visa um desenvolvimento socioeconômico mais sustentável.

A sustentabilidade, ao longo das décadas, sempre esteve presente, mas com oscilações conforme o enfoque dado pelos governantes do Brasil (MOURA, 2014; FERES; REIS, 2014). Bursztyn (2001, p. 59) descreve que o eixo do desenvolvimento remete ao longo de 250 anos para construção do "Estado Moderno"; já o tema da sustentabilidade como requisito para o desenvolvimento é recente e "crescente" com o passar dos anos, destacado no "Relatório de Desenvolvimento Mundial de 1992, do Banco Mundial" (DALY, 2002, p. 180) e no capítulo 40 da Agenda 21 de 1992 (MOURA, 2014).

98 Pós-Graduado em Direito Constitucional Aplicado na Faculdade de Direito do Damásio de Jesus. Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Agronegócio da Universidade Federal de Goiás. Professor no curso MBA Direito no Agronegócio da Faculdade de Gestão e Inovação.

Avança-se para a atuação do poder público na busca pelo desenvolvimento sustentável. O resultado está à mercê da forma de governança, que se encarrega de zelar pelos recursos naturais e da sociedade para um caminhar evolutivo, com uma boa relação da sociedade e natureza. "O processo de governança envolve identificar os meios para atingir estes objetivos. Desta forma, uma boa governança deveria ser capaz de aumentar a eficiência e a legitimidade na elaboração e execução de políticas públicas" (MOURA, 2014, p. 103).

Nesse contexto, se objetivará argumentar suscintamente sobre as posições necessárias para o Poder Público estimular a realização de atitudes sustentáveis e, expor uma visão esperada da União para a atualidade.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Embasou-se na pesquisa de Adriana M. M. de Moura (2014, p. 103) sobre "caminhos para uma melhor governança na política ambiental brasileira", que dialoga sobre atuação do Estado como gestor e dos instrumentos disponíveis para obtenção da sustentabilidade. E no trabalho de José Feres e Eustáquio Reis (2014, p. 17) sobre "a agenda de desenvolvimento pós-2015: a questão ambiental no contexto do desenvolvimento sustentável". Ambos realizam uma análise crítica de quais são os indicadores e desafios para introdução das metas ambientais.

METODOLOGIA

Para se construir esta pesquisa, seguiu-se uma linha qualitativa, com análises de posições de pesquisadores, construída pelo método teórico, que transcorre pela apuração de uma teoria, para explicar ou expor determinada visão alçada. Tomou-se por base os argumentos dos pesquisadores Bursztyn (2001); Daly (2002); Feres e Reis (2014); e Moura (2014), jJunto com a CF/88, atualizada até a Emenda Constitucional nº 107/2020 (BRASIL, 1988).

Assim, arguir-se-á sobre os critérios entendidos como necessários para a atuação da Entidade Pública, os quais são necessários para um futuro sustentável. A justificativa decorre da Agenda 21, já que o Brasil firmou pactos ambientais para serem cumpridos até 2030 e expor o que precisa ser feito.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

A área do direito ambiental que engloba a sustentabilidade é o Direito Público que, no entanto, possui ramificações, sendo no critério preventivo pela área administrativa (normas visando o equilíbrio e harmonia a serem respeitadas); critério reparatório através do civil (aborda um dano que pode ser valorado); e repressivo através do direito penal (questões que prejudicaram o ecossistema de forma ilícita). Por isso, a CF/88 traz em seu art. 225: "Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, [...], impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo [...]" (BRASIL, 1988). Mas não adianta só legislar, é preciso de atitudes por parte da gestão governamental, que perpetue a ideologia da sustentabilidade.

Pois nenhuma nação avança sem um projeto nacional, como através da concordância de três posições: "visão de longo prazo com predisposição a empreender reformas; vontade política e um arranjo entre as elites dirigentes, e; estabelecimento de instrumentos de inclusão por parte do poder público" (BURSZTYN, 2001, p. 60). Bursztyn (2001) dialoga que deve haver uma conjuntura do Estado, educação, sociedade e economia para visar a boa relação entre ser humano e natureza. Daly (2002) aborda quatro sugestões: 1) Parar de ver o capital natural como meio de renda ou como algo valorável, que estimula extração irregular; 2) Tributar menos bens e serviços de renda e aumentar a taxa sobre recursos naturais para estimular meios renováveis; 3) Enfoque no capital natural de longo prazo ao invés das de curto prazo, como na produção de madeira legal; e 4) Reduzir a visão da economia global estimulada pelas exportações, para desenvolver mais a produção doméstica/interna.

Entretanto, para essas posições e sugestões serem implementadas com afinco, se faz necessária uma governança atuante, a qual está mencionada em "21 temas ambientais críticos para o século XXI" (MOURA, 2014, p. 103). Moura (2014, p. 103) discorre que "a prioridade do tema aponta para o visível descompasso hoje existente entre a natureza dos desafios ambientais e as capacidades do sistema de governança". Também se refere às funções fundamentais de gestão do governo (objetivos e metas, implementação e avaliação) que necessitam de maior investimento em planejamento nas questões ambientais no Brasil (MOURA, 2014). Moura (2014)

incrementa que o Brasil teve avanços normativos após três décadas da Lei nº6.938/1981 – sobre políticas ambientais, mas retraiu na implantação desses meios regulatórios pela baixa infraestrutura derivada de pessoal e falta de logística nos órgãos responsáveis.

Em sequência, advêm Feres e Reis (2014) incrementar sobre a necessidade de se ter uma base de dados, com medidas que possibilitem mensurar o "desempenho de um país ou região, estes indicadores podem servir como instrumentos de monitoramento de metas de desenvolvimento sustentável e, assim, contribuir para o aprimoramento da tomada de decisões por parte de formuladores de políticas públicas" (FERES; REIS, 2014, p. 18). Também argumentam sobre a necessidade de indicadores monetários, pois os "países desenvolvidos com altos estoques de capital físico e humano apresentam taxas positivas de poupança genuína, enquanto países ricos em recursos naturais de baixa renda apresentam taxas negativas ou próximas de zero" (FERES; REIS, 2014, p. 24). Eles dialogam ainda sobre indicadores físicos para quantificar o índice de desenvolvimento sustentável, sem a influência monetária que pode acabar visando o que é mais rentável monetariamente, ao invés da sustentabilidade.

Feres e Reis (2014) finalizam que é necessária uma base de dados para estipulação da eficiência desses instrumentos argumentados por Moura (2014), e para uma análise do desenvolvimento sustentável. Assim, em 2011, a Organização das Nações Unidas criou diretrizes conhecido como "Oito Objetivos de Desenvolvimento do Milênio após 2015", em conjunto com a Agenda 21 lançada em 1992 e que vem ocorrendo, sendo a próxima Conferência da Agenda 21 em 2030, na qual o Brasil está imbuído de atingir metas. Isso possibilita diagnosticar e levantar os dados junto com as informações referente ao cumprimento dessas metas.

CONCLUSÃO

O Brasil caminha mais na criação de pacotes normativos e reguladores, mas está em descompasso com a gestão, ou seja, falha na questão de logística para fiscalizar e no amparo das instituições fiscalizadoras. Não adianta só criar normas e impor rigidez se elas podem ser infringidas por falta de profissionais e recursos para fiscalizar, além de descumprir os acordos pactuados para 2030.

Os representantes governamentais (federal e de regiões) não caminham como o objetivado para um desenvolvimento sustentável no Brasil. Conforme já dialogado por Moura (2014) e na visão de Feres e Reis (2014) dialogam que as posições e sugestões discutidas não são seguidas em virtude da ineficiência de gestão governamental. Isso decorre, provavelmente, pela quantidade de riquezas naturais no Brasil, que estimulam essa despreocupação com um futuro sustentável no momento.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988):** Emenda Constitucional nº 107 de 2020. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acessado em: 26 mar. 2021.

BURSZTYN, Marcel. Políticas Públicas para o Desenvolvimento (Sustentável). In: BURSZTYN, Marcel (Org.). **A Difícil Sustentabilidade: Políticas energéticas e conflitos ambientais**. Rio de Janeiro: Garamond Universitária, 2001, p. 59-79.

DALY, Herman E. Políticas para o Desenvolvimento Sustentável**.** 2002, p. 179-192; In: CAVALCANTE, Clóvis (Org.). **Meio Ambiente, Desenvolvimento Sustentável e Políticas Públicas**. São Paulo: Cortez / Recife: Fundação Joaquim Nabuco, 2002, p. 436.

FERES, José; REIS, Eustáquio. A Agenda de Desenvolvimento Pós-2015: A questão ambiental no contexto do desenvolvimento sustentável. In: MONASTERIO, Leonardo Monteiro; NERI, Marcelo Côrtes; SOARES, Sergei Suarez Dillon. **Brasil em desenvolvimento 2014: estado, planejamento e políticas públicas**. V. 2. Brasília: IPEA, 2014, p. 17-39.

MOURA, Adriana Maria Magalhães de. **Caminhos para uma Melhor Governança na Política Ambiental Brasileira** In: MONASTERIO, Leonardo Monteiro; NERI, Marcelo Côrtes; SOARES, Sergei Suarez Dillon. **Brasil em desenvolvimento 2014: estado, planejamento e políticas públicas**. V. 2. Brasília: IPEA, 2014, p. 103-129.

DIREITO ADMINISTRATIVO E A COVID-19

Gabriel Siggelkow Guimarães[99]

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo realizar uma análise do processo administrativo e das normas do direito administrativo com base nos efeitos da emergência da Covid-19 e da falta de planejamento prévio que justifica as ações dos gestores públicos para situações de força maior, em especial o ocorrido na compra dos respiradores no Estado do Rio de Janeiro, através da Secretaria de Estado de Saúde.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Destacamos as questões jurídicas e da jurisprudência que envolve a formação de preço como elemento central para planejamento, para compras e contratações pelo Poder Público. A formação de preço como referência na contratação é um dos elementos centrais na busca por economicidade nos gastos públicos (GARCIA, 2016). A questão colocada tem relação direta com o princípio constitucional e do direito público da eficiência. Cabe ao gestor demonstrar que, observando-se a lei, as orientações dos tribunais de contas e instruções normativas, podem elaborar

99 Advogado, pós-graduado em Direito e Processo Civil, mestre e doutorando em Ciência Política – PPGCP/UFF.

a contratação pública o melhor preço com a melhor solução (JUSTEN FILHO, 2020),

METODOLOGIA

Para demonstração da análise da formação de preço, realizamos uma interpretação da atuação da auditoria do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro (TCE/RJ – Proc. 102.199-0/2020) na compra dos ventiladores pulmonares para as necessidades de atendimentos hospitalares oriundos dos efeitos do Covid-19, além de uma análise da doutrina e jurisprudência da Corte de Contas. A auditoria do TCE/RJ observou a aplicação dos procedimentos administrativos de pesquisa de preço, a falta de atendimento ao parecer jurídico obrigatório da Procuradoria do Estado, e ao final, a comprovação da falta de planejamento prévio como justificativa para compras emergenciais que, pela pressa, ficou longe da economia e eficiência, além deixar claro a fraude processual.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Elaboramos uma proposta, em cima da experiência descrita, para contribuir em procedimentos administrativos dentro da previsão legal, em especial com a Lei nº 14.133/2021 que foi publicada e entrará em processo para substituir a Lei nº 8.666/93, e outras normas, que constrói um novo paradigma jurídico do direito administrativo. O resultado da pesquisa coloca uma sugestão procedimental pelo chefe do Poder Executivo para a prática cotidiana de planejamento e elaboração de preço de referências, sem criar normas novas, deixando de aproveitar o acúmulo de servidores públicos, de observar inovações e oportunidades que o mercado ofereça e seja útil para o interesse público.

CONCLUSÃO

As novas tecnologias, os acúmulos de muitos servidores e os mercados são um caminho prático para que a formação do preço não seja um problema na hora da contratação pelo Estado. Assim, as compras podem

ser mais céleres e transparentes, evitando que os órgãos de controle e a fiscalização tenham que sempre investigar um possível superfaturamento.

De outro lado, a proposta de um padrão existente e contínuo, com um órgão específico com delegação por norma publicada em Diário Oficial, autorizado a realizar e disponibilizar preços de mercado para produtos e serviços que tenham sempre demanda, para evitar que na emergência as soluções sejam no desespero, para se tornar em decisões para acelerar o processo administrativo e antecipar o planejamento.

REFERÊNCIAS

GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e contratos administrativos – casos polêmicos**. São Paulo: Malheiros. 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Efeitos Jurídicos da crise sobre as contratações administrativas**. https://www.justen.com.br/pdfs/IE157/IE%20-%20MJF%20-%20200318-Crise.pdf. 2020. Acesso em: 20 jun. 2020.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Contas do Estado. Processo TCE/RJ 102.199-0/2020. **Relatório de Auditoria Governamental – Inspeção Ordinária**. 27/04/2020 a 30/04/2020.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Contas do Estado. **Nota técnica nº 001/2020**. Secretaria Geral de Controle Externo, 2020.

A DISTRIBUIÇÃO DA CARGA TRIBUTÁRIA BRASILEIRA E SEUS REFLEXOS NA ACENTUAÇÃO DA DESIGUALDADE SOCIAL

Joelma Rayane Dantas[100]

INTRODUÇÃO

A característica do Estado Democrático de Direito é o pressuposto pelo qual fiscaliza-se a organização e a destinação das verbas públicas aos investimentos destinados à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios. Neste sentido, as discussões a respeito da carga tributária no Brasil assumem papel fundamental no desenvolvimento de políticas públicas capazes de reduzir as desigualdades econômicas e sociais. Assim, as pautas frequentes fundamentadas na distribuição da tributação de maneira desigual são decisivas no contexto econômico, uma vez que estimulam o diálogo a respeito dos fatores relativos à política fiscal, a tributação e ao aumento de impostos e gastos governamentais.

Destarte, a responsabilidade tributária enseja encargos aos sujeitos passivos e ativos da obrigação, de sorte que a arrecadação não pode se limitar a invasão patrimonial dos contribuintes, mas deve ensejar a contraprestação dos serviços de maneira efetiva por parte da Administração Pública. Ademais, pretende-se compreender a distribuição da carga tribu-

100 Graduada em Direito pela Universidade Potiguar. Pós-Graduanda latu senso em Direito Público pela Faculdade Legale. Advogada.

tária brasileira e sua relação frente a acentuação crescente da desigualdade econômica e social.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Inicialmente, o artigo 3º da Constituição da República Federativa do Brasil prescreve os objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, entre os quais percebe-se a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza; e a redução das desigualdades sociais e regionais. Nesse contexto, o Estado assume o papel de materializador destes objetivos através da arrecadação tributária pelos entes federativos competentes e do implemento de políticas públicas retributivas à população.

Percebe-se, portanto, que a má distribuição da carga tributária não transcorre da Constituição Federal, mas há uma tendência no estabelecimento de tributos de forma desproporcional a classe alta em relação a população de baixa renda, decorrente especialmente do funcionamento das instituições e dos Poderes do Estado. Nesse sentido, a carga tributária é, notadamente, uma das razões pelas quais se evidencia a desigualdade (ANFIP, FENAFISCO, 2018).

O sistema tributário atual acentua a pobreza, uma vez que incide majoritariamente sobre a tributação indireta, especialmente no consumo de bens, mercadorias e serviços. Ademais, nota-se que a população mais pobre tem, notadamente, a propensão de consumo maior da renda do que a parcela mais rica, o que reforça o caráter regressivo dos impostos indiretos (ZOCKUN, 2017).

Nessa esteira, percebe-se que a concentração predominante da carga tributária nos impostos indiretos é nociva à justiça fiscal e à atividade econômica, visto que a tributação da produção e do comércio em detrimento da renda pressupõe a maximização dos custos dos serviços e da mercadoria e o prejuízo do sistema econômico nacional. Nessa perspectiva, a política fiscal não se resume somente como ferramenta de agenciar recursos aos cofres públicos, mas como mecanismo de atuação estatal nas áreas que carecem de atenção pública, especialmente a social e econômica (RIBEIRO, 2013).

Destarte, a centralização dos impostos indiretos e a tributação modesta da herança, da propriedade e da riqueza são meios de acentuação das

desigualdades sociais e econômicas no Brasil. Nesse sentido, conforme preceituam Oliveira e Biasoto (2015), o sistema tributário regressivo é tão prejudicial para o desenvolvimento da justiça fiscal, quanto para a própria atividade econômica. Desse modo, infere-se que o entendimento prático e comum aos autores supracitados corrobora a necessidade de reformulação da ordem tributária pautada nas questões promotoras de política de equidade e justiça fiscal.

METODOLOGIA

O desenvolvimento metodológico do trabalho se deu de maneira a exploratória, através da análise bibliográfica relativa ao sistema tributário nacional e doutrinário a respeito do impacto da tributação nas classes econômicas e sociais. Para tanto, foram analisados o conteúdo prático de artigos e dissertações publicadas em revistas especializadas no direito tributário nacional, além da doutrina específica ao tema.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

A partir da análise do sistema tributário atual, pode-se inferir que a maioria da carga tributária enseja a responsabilidade da parcela da população de baixa renda em razão do caráter de incidência majoritária nos impostos indiretos, propiciando a obrigação tributária acentuada no consumo. Nesse contexto, os cidadãos dependentes das políticas públicas e sociais são os maiores responsáveis por seu financiamento, o que reflete a característica regressiva do sistema de impostos.

Outrossim, a distribuição desigual da carga tributária é um dos fatores de promoção da desigualdade social, uma vez que a característica regressiva da tributação indireta compromete exponencialmente a renda da classe média e baixa que, por sua vez, são os principais motores para o crescimento nacional. De outro lado, depreende-se que a tributação direta é pouco majorada, uma vez que o patrimônio, a renda e o capital possuem alíquotas quase que estáticas.

Além das peculiaridades da tributação na desigualdade social, a concentração da carga tributária ao comércio e produção em detrimento da renda eleva o custo dos serviços e das mercadorias produzidas no Brasil,

influenciando negativamente na competitividade entre os fornecedores e no consumo doméstico nacional.

CONCLUSÕES

A ordem tributária é um dos elementos fundamentais ao crescimento da economia em um país. Esse aspecto evidencia as características negativas da distribuição da tributação. Nesse sentido, a reforma tributária de caráter progressivo é ferramenta essencial ao progresso da justiça fiscal.

Ademais, percebe-se que a mitigação da concentração da carga tributária indireta em relação ao consumo, bens e serviços em consonância com a elevação da tributação direta sobre o patrimônio, a renda e a riqueza é um dos meios possíveis de equidade e redução das desigualdades econômicas e sociais.

REFERÊNCIAS

ANFIP, FENAFISCO. **A Reforma tributária necessária diagnósticos e premissas**. Brasília, 2018. Disponível em: http://www.sindifisco.org.br/wpcontent/uploads/2018/06/ REFORMA-TRIBUTARIA-SOLIDARIA.pdf. Acesso em: 03 abr. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1998**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 04 abr. 2021.

OLIVEIRA, Fabrício Augusto de. e BIASOTO JR (2015). **Reforma tributária: removendo entraves para o crescimento, a inclusão social e o fortalecimento da federação**. São Paulo: Plataforma Política Social (Revista Política Social e Desenvolvimento, 25). Disponível em: https:// revistapoliticasocialedesenvolvimento.com/2015/11/10/25/. Acesso em: 04 abr. 2021.

RIBEIRO, Maria de Fátima. **Considerações sobre as Medidas Fiscais estabelecidas para fazer às crises econômicas e as repercussões no Desenvolvimento Econômico**. In: Estudos em Homenagem ao Prof. ALBERTO XAVIER, (org.) Eduardo Paz Ferreira, Hele-

no Torres e Clotilde C. Palma, vol. II, Editora Almedina, Coimbra, Portugal, 2013, p. 223-250.

ZOCKUN, M. (2017) Equidade na Tributação, em AFONSO, J. et al. **Tributação e Desigualdade, Belo Horizonte**: Letramento: Casa do Direito: FGV Direito Rio.

A INCIDÊNCIA DO IPVA SOBRE EMBARCAÇÕES E AERONAVES E O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

Lilian Limeira
Neila Batista de Oliveira[101]

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objetivo analisar se a não incidência de Imposto sobre a Propriedade de veículos automotores (IPVA) sobre Embarcações e Aeronaves fere o princípio da capacidade contributiva, e abordar a viabilidade das Propostas de Emenda à Constituição (PEC): 140/2012 (faz a inclusão da incidência do IPVA sobre embarcações e aeronaves) e 282/2013 (cria a imunidade sobre veículos de uso comercial), as quais foram apensadas na proposta de reforma tributária (PEC 293/2004).

Por que somente os proprietários de carros é que pagam IPVA? Por que os donos de helicópteros e embarcações não pagam? Assim, o presente trabalho busca compreender se o alcance ou não da referida ampliação da tributação atinge ou inviabiliza total ou parcialmente a denominada justiça tributária e o fim social dos tributos.

101. Doutoranda da USP-Dinter FEA/USP-UEA. Mestre em Direito Ambiental – UEA, Pós-graduação em Direito Processual – PUC/Minas, em Direito Civil – UFAM. Juíza de Direito do TJAM. Professora de Direito da UEA – Universidade do Estado do Amazonas e da Escola de Magistratura do Amazonas.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

O Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores (IPVA) tem sua instituição prevista na Constituição Federal/88. *Art. 155, III, In verbis:*

> Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:
>
> III - propriedade de veículos automotores.

A incidência de Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores sobre embarcações e aeronaves é uma questão bastante debatida na sociedade brasileira e gera divisões de opiniões. As PECs 140/12 e 282/13 trazem uma solução em razão da decisão do STF que vedou a incidência do referido IPVA.

A PEC 140/12 altera o Art. 155, III da CF, faz a inclusão na incidência do IPVA da propriedade de veículos automotores aquáticos e aéreos (lanchas e jatinhos). passando a ter a seguinte redação: "III – imposto sobre propriedade de veículos automotores, terrestres, aquáticos e aéreos;". A PEC 282/13 inclui o inciso III no § 6º do Art. 155, cria imunidade sobre veículos de uso comercial (barcos de pesca, aviões comerciais de passageiros, cargueiros e caminhões de cargas): "III – não incidirá sobre veículos de uso comercial, destinados à pesca e ao transporte público de passageiros e cargas".

METODOLOGIA

Este estudo baseou-se numa abordagem qualitativa de pesquisa, com metodologia explorativa. Para obter os dados necessários foram feitas pesquisas bibliográficas sobre a história do IPVA, julgados do STF acerca do tema, e posteriormente efetuada a análise da viabilidade e efeitos das Propostas de Emenda à Constituição 140/12 e 282/13.

Buscaram-se também dados relacionados à quantidade das frotas de aeronaves e embarcações, pois caso a PEC seja aprovada, a nova incidência do IPVA renderá bilhões aos cofres públicos, a projeção de arrecadação conta com os 2.106 helicópteros, 641 aviões e jatos, 827 aviões turboélices e 131.544 embarcações nacionais, informações geradas pela Abag (As-

sociação Brasileira de Aviação Geral), Acobar (Associação Brasileira dos Construtores de Barcos) e da DPC (Diretoria de Portos e Costas). Constatou-se que o Brasil possui a segunda maior frota de aeronaves executivas do mundo, e excluiu-se mais de 12 mil aviões comerciais, que não seriam incluídos na tributação.

Realizado estudo sobre os efeitos da PEC 282/13, a qual prevê imunidade para os aviões comerciais, detectou-se que a razão de tal vedação é por fornecerem serviços e utilidade nacional: o transporte de passageiros ou mercadorias. E para evitar aumento de seus custos para os preços e consumidor final, que poderia levar a efeitos macroeconômicos indesejáveis: aumento da inflação.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

O STF se manifestou acerca da incidência do IPVA sobre embarcações e aeronaves em três recursos extraordinários: 134.509/AM, 255.111/SP e 379.572/RJ, os quais julgou indevida a sua tributação. Contudo, a decisão não foi unânime e este tema continua gerando debates entre juristas, doutrinadores e acadêmicos. Para reverter a decisão do STF, foram apresentadas as Propostas de Emenda à Constituição 140/12 e 282/13, as quais serão debatidas na Proposta de Reforma Tributária.

Para o STF, nem embarcações e nem aeronaves constituiriam, strictu sensu, veículo automotor, o IPVA sucedeu a Taxa Rodoviária Única (TRU), sendo sua incidência somente aplicada em veículos de trânsito exclusivamente terrestre, visto que a jurisprudência da Corte Suprema apoia o conceito de veículo automotor na definição constante do anexo I, do Código de Trânsito Brasileiro, Lei n° 9.503/97. Contudo, caso ocorra a aprovação da PEC 140/12, alterando o Art. 155, III da CF, passando a incluir as palavras *terrestres, aquáticos e aéreos,* dirimirá a questão de interpretação da expressão veículo automotor.

Em relação à Taxa Rodoviária Única – TRU, esta foi criada em 1969 pelo ordenamento jurídico brasileiro e sua função era financiar a expansão das rodovias brasileiras, e através da PEC 27/1985 foi substituída pelo IPVA, imposto novo que entrou em vigor em 01 de janeiro de 1986, incluído na então Constituição Federal de 1967. Portanto, o poder constituinte reformador extinguiu a taxa que tinha uma finalidade específica

de construir e conservar as Rodovias Federais, e criou um imposto que são tributos não-vinculados, incidem sobre manifestação de riqueza do sujeito passivo e não possui relação à prestação de serviços. Definição prevista no Código Tributário Nacional (CTN) Lei Nº 5.172/ 1966. *In verbis:* "Art. 16. Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte".

Outra questão é em relação a competência para registro, quem tem poderes para dar validade, segurança e publicidade a propriedade dos referidos veículos? No caso das aeronaves são registradas no Registro Aeronáutico Brasileiro do Ministério da Aeronáutica e as embarcações no Tribunal Marítimo, sendo que, para as de menos de vinte toneladas, vale como registro a inscrição na Capitania dos Portos, que dela fornecerá cópia ao Tribunal Marítimo. A solução encontrada é que poderá o Poder Executivo, através dos estados, firmar convênios com órgãos do Ministério da Marinha e da Aeronáutica para efeito de controle e cadastramento das embarcações e aeronaves, visando à tributação destes.

VEÍCULO AUTOMOTOR	VALOR	IPVA ANO 2020 Alíquota/AM: 3,0%
Carro Popular 1.0	R$ 45.000,00	R$ 1.350,00
Lancha	R$ 450,000,00	ZERO
Jatinho	R$ 4.500.000,00	ZERO

Ao analisar essa tabela, s.m.j. o contribuinte do IPVA, proprietário de um carro popular, possui menor capacidade contributiva do que o cidadão que possui uma lancha ou um helicóptero. Porém, deveriam todos serem tributados nos limites de sua capacidade e de suas condições financeiras, o cidadão que utiliza um helicóptero como meio de transporte possui uma renda muito maior do que o indivíduo que usa um carro popular.

JUSTIFICATIVA

A questão da tributação de veículos aéreos e aquáticos deve ser entendida além do caráter fiscal, mas sim do ponto de vista da justiça tributária, paga mais quem pode mais, para o alcance do fim social dos tributos e redistribuição de renda. A CF/88 prevê em seu art.145, §1º, *in verbis:*

> Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:
>
> § 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Promover a justiça tributária significa aceitar que o Estado crie um sistema fiscal que, dentre outros requisitos, assegure que todos paguem seus tributos dentro da sua capacidade contributiva, ou seja, na possibilidade de seus recursos.

CONCLUSÕES

O presente estudo conclui pela viabilidade das Propostas de Emenda à Constituição 140/12 e 282/13, as quais foram incluídas na proposta de reforma tributária, ampliando a incidência do IPVA sobre embarcações e aeronaves. Entende-se que a proposta, caso aprovada, e a mudança de entendimento pelo STF, trariam inúmeras vantagens no que tange à efetivação do princípio da capacidade contributiva, pois seriam tributados os que demonstram maiores sinais de riqueza, concretizando uma justiça distributiva.

Para diminuir as desigualdades sociais, alcançar a justiça tributária e o fim social dos tributos, o produto da arrecadação desta nova hipótese de incidência do IPVA deverá ser destinado aos estados, para que cumpram as políticas públicas e forneçam bens e serviços para a população mais necessitada de assistência e saúde.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário**. Salvador. Editora Juspodivm, 2020.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília-DF, 1988.

BRASIL, **Código Tributário Nacional**, Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Brasília-DF, 1966.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Proposta de Emenda à Constituição nº 140/2012 e 283/2013**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=582954. Acesso em 05 set. 2020.

CIRELLI, Gabriela; SANTIN Valter. Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA) e sua Inaplicabilidade às Embarcações e Aeronaves. **Revista de Direito Tributário e Financeiro,** v. 6, n. 1, p. 1-22, jan-jun. 2020. Disponível em: file:///C:/Users/User/Downloads/6378-19608-1-PB.pdf. Acesso em: 05 abr. 2021.

IMUNIDADE TRIBUTÁRIA NOS TEMPLOS RELIGIOSOS

Michele Ribeiro Haddad[102]
Vitória Machado Rodrigues Sousa De Freitas[103]
Laura Gama Guerreiro[104]

INTRODUÇÃO

A isonomia é reconhecida como um dos princípios fundamentais na democracia. Nessa concepção, a isonomia tributária revela-se como da essência da democracia, devendo todos aqueles que tenham a mesma capacidade contribuir igualmente para os cofres públicos. Todavia, a democracia reconhece outros direitos fundamentais, como o da liberdade religiosa, que não deve ser cerceada mediante tributação discriminatória. No entanto, a liberdade religiosa não pode vir a ser causa de privilégios tributários. É sabido que o Estado brasileiro é laico o que exige o equilíbrio de dois princípios fundamentais: o Estado não pode estabelecer cultos e igrejas ou embargar o funcionamento e o Estado não pode subvencionar cultos ou igrejas.

Dessa forma, o tema em questão é oportuno e relevante, pois é feita uma análise da limitação do poder tributário do Estado, relativamente aos templos de qualquer culto. O estudo das imunidades no Direito Tributá-

102 Mestranda em Sociologia Política pela UENF, Especialista em Direito da Criança e do Adolescente pela FMP/RS e Bacharela em Direito pela UCAM/CAMPOS.

103 Bacharela em Direito pela UCAM/CAMPOS.

104 Bacharela em Direito pela UCAM/CAMPOS.

rio é indiscutível. A chamada imunidade religiosa está assim disciplinada no art. 150, VI, "b" da Constituição Federal (CF), BRASIL, 1988.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Templo (do latim *templum*, "local sagrado") é uma estrutura arquitetônica dedicada ao serviço religioso. O termo também pode ser usado em sentido figurado. Neste sentido, é reflexo do mundo divino, a habitação de Deus sobre a terra, o lugar da presença real. É o resumo do macrossomo e também imagem do microssomo: "o corpo é o templo do Espírito Santo" (I, coríntios, 6, 19).

Em breve incursão conceitual, afirmamos que culto é a manifestação religiosa, cuja liturgia adstringe-se a valores consonantes com o arcabouço valorativo que se estipula, programática e teologicamente, conforme explica Saraiva FIlho (1996).

Antes de falarmos de Imunidade Tributária de templos de qualquer culto, é necessário sabermos o conceito de imunidade tributária propriamente dita. A palavras imunidade, em sua acepção etimológica, vem do latim *immunitas*, com o ablativo de *immunitate,* de onde veio ao português como imunidade, que a reforma ortográfica luso-brasileira reduziu a "imunidade", o que no direito tributário significa pessoas, bens, coisas, fatos ou situações que deixam de ser alcançados pela tributação.

Resta dizer que a imunidade não deve ser entendida como princípio, mas sim, como meio para a realização deles. A razão de ser da imunidade é a impossibilidade de o Estado criar tributos sobre determinados direitos fundamentais, como, por exemplo, a liberdade, sendo este sim, um princípio.

Sabbag (2011), ao tratar do tema, coloca que "partindo da premissa de que a norma imunizante possui força inibitória de competência impositiva, servindo-lhe como carga negativa, defendemos, por coerência, que tal norma detém uma dimensão de regra, e não a de um princípio. Assim sendo, como todo o rigor, a norma imunitória possui, no mínimo, uma dimensão preponderante de regra. Desta forma, adentramos na imunidade dos templos, também denominada "imunidade religiosa", que se encontra prevista na alínea b do inciso IV do art. 150. Assim, é importante frisar que o Brasil, ainda é majoritariamente católico, porém laico, insto é, um Estado que não professa, desde a Proclamação da República, uma

dada "religião de Estado", ou religião oficial. Porém o fato de sermos um estado laico, não significa que deixamos de ser "teístas". O preâmbulo constitucional indica que entre nós subsiste a crença na existência de Deus e em sua ação providencial no universo.

No Brasil republicano, a religião de Estado, que até então permanecia, cedeu passo a um Estado de religiões, ou seja, a um Estado não confessional, á semelhança da maioria dos países espalhados pelo mundo. É nesse contexto que surge a atual imunitória, constante no artigo 150, VI, b, (BRASIL, 1988) no bojo da laicidade, cujo teor prevê a desoneração de impostos dos templos de qualquer culto.

Em outras palavras, a imunidade tributária é um instituto jurídico, caracterizado pela não incidência da norma, excepcionando-se a regra, que é o pagamento do tributo. Como principal característica cita-se sua origem constitucional, que repercuti substancialmente nas situações fáticas previstas nas hipóteses de incidência, impedindo o não surgimento da obrigação tributária. É necessário ressaltar que a imunidade concebida aos templos de qualquer culto restringiu somente aos impostos, não incluindo assim, outras espécies de tributos, tais como, a cobrança de taxas e contribuições. Assim sendo, os templos de qualquer culto ou organizações religiosas estão obrigadas a pagar taxas, tais como iluminação, água, bombeiros etc., bem como as contribuições de qualquer natureza sejam elas sociais ou melhorias.

METODOLOGIA

A pesquisa classifica-se como bibliográfica, tendo vista ser baseado em teorias, na doutrina e em artigos científicos. Para Pizzani (2012) a pesquisa bibliográfica é uma revisão de literatura sobre as principais teorias de um trabalho científico, uma vez que foi necessário pesquisar em doutrinas, leis e artigos científicos a importância e a funcionalidade das imunidades tributárias nos templos de qualquer culto. Já para Fonseca (2002, p. 32):

A pesquisa bibliográfica é feita a partir do levantamento de referências teóricas já analisadas, e publicadas por meios escritos e eletrônicos, como livros, artigos científicos, páginas de web sites. Qualquer trabalho científico inicia-se com uma pesquisa bibliográfica, que permite ao pesquisador conhecer o que já se estudou sobre o assunto.

Tratou-se de pesquisa e estudo sobre imunidade tributária mencionando o tratamento conferido pela Constituição Federal ao referido tema, abordando assim o significado e o histórico dos templos.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

O objetivo da isenção religiosa é evitar que entidades religiosas sucumbam ao Estado, portanto, a proteção da isenção de impostos deve abranger todos os bens, todas as receitas e todos os serviços das entidades religiosas. Esta é a recomendação disposta em BRASIL, 1988 no artigo 150, parágrafo 4. No entanto, essas isenções têm uma ressalva. Para conceder imunidade, a imunidade deve estar ligada ao propósito básico da entidade imunológica.

Neste efeito, a presente pesquisa traz como resultado direto do estudo, a amplitude jurisprudencial concedida à imunidade tributária constitucional dos templos de qualquer culto, podendo provocar uma invariável perda na arrecadação, já que uma instituição religiosa deixa, por essa via, de arcar com os impostos que recaiam sobre o patrimônio, renda e serviços, igualmente com o pagamento de impostos como predial e territorial urbano e até mesmo o imposto de renda, e de transmissão de bens.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, percebe-se que a imunidade é uma limitação constitucional ao poder de tributar, vez que está contida de forma expressa pela Constituição Federal. Logo, a pessoa ou a instituição contemplada não podem sofrer tributação, a julgar ser um direito público subjetivo concedido as mesmas pela lei maior. Nesse desiderato, a imunidade tributária conferida aos templos de qualquer culto, também denominados de organizações religiosas, se faz amplamente necessária, considerando a relevância das atividades que as mesmas desenvolvem para a coletividade, merecendo, assim, a proteção e o incentivo por parte do Estado que a própria Constituição Federal lhes conferiu.

Além de não pagar impostos sobre imóveis alugados, bens e serviços fornecidos pela entidade, as entidades religiosas também não são obrigadas a pagar impostos. Por exemplo, para a reforma de templos, todos os

materiais adquiridos por organizações religiosas e serviços contratados estão isentos de impostos. Como qualquer templo de culto não é comercial, mas é mantido por meio de doações, a isenção de impostos permite que os recursos arrecadados sejam usados de forma mais ampla, utilizando-os exclusivamente para projetos sociais, imóveis, compra de equipamentos de serviço e promoções de eventos.

O principal argumento para a sustentação da amplitude das imunidades tributárias é a de que as instituições religiosas atuariam no âmbito assistencialista, cumprindo, desta forma, um dever estatal. Entretanto, no que é pertinente aos templos de cultos religiosos inexistem ou que existam são ineficazes os meios fiscalizatórios instituídos, tendo como desdobramento lógico que os mais diversos descalabros se oficializaram e exteriorariam através de políticas públicas confirmadas pelo próprio Poder Judiciário.

Logo, fica nítido que a melhor interpretação é aquela que preconiza a amplitude da expressão "rendas relacionadas com atividades essenciais", conforme dispõe Brasil (1988) no parágrafo 4º do artigo 150, entendendo-se que, desde as receitas sejam aplicadas na consecução dos ideais essenciais da organização religiosa, elas devem receber a dispensa da cobrança dos tributos, desde que adquiridas licitamente.

REFERENCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Editora Saraiva, 2015.

FONSECA, J. J. S. **Metodologia da pesquisa científica**. Fortaleza: UEC, 2002. Apostila.

PIZZANI, Luciana; SILVA, Rosemary Cristina da; BELLO, Suzelei Faria; HAYASHI, Maria Cristina P.I. **A arte da pesquisa bibliográfica na busca do conhecimento**. Revista Digital de Bibliotecomia e Ciência da Informação, nº CDD 025.52, volume 10, nº 1, Campinas, dezembro de 2012. Disponível em: www.periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/rdbci/article/download/1896/pdf_28/2549. Acesso em: 09 abr. 2021.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 3ª edição – São Paulo: Saraiva 2011.

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. A imunidade religiosa. **RDDT**, n. 4, ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord). Janeiro de 1996, p. 61

MODICIDADE TARIFÁRIA E UNIVERSALIZAÇÃO DO SANEAMENTO BÁSICO: DESAFIOS ÀS REGULAÇÕES DA LEI Nº 14.026/2020

Lucas Correa Faim[105]

INTRODUÇÃO

Tema debatido à exaustão pela mídia nacional e constante alvo das mais duras críticas à infraestrutura pública, o saneamento básico se estruturou no Brasil de forma claramente ineficaz, produzindo dados que morosamente progridem, mas que ainda resguardam traços de um doloroso opróbrio: meros 52,4% da população tem acesso ao serviço de coleta de esgoto. Não obstante, a sistematização hodierna ainda se demonstra insustentável economicamente, gerando déficit no balanço líquido final da maioria das prestadoras no ramo e distanciando-se gradativamente da modicidade tarifária resguardada pela legislação.

Foi sob este prisma de ineficácia comprovada que se promulgou o novo marco regulatório na área – Lei nº 14.026/2020 – cujo escopo normativo abrange diversas inovações em prol, principalmente, da universalização dos serviços que prevê, dentre outros dispositivos, o estabelecimento de metas, sendo elas: cobertura de 99% dos municípios para o

105 Graduando em Direito pela UNESP e membro do projeto de extensão "Cidades Saudáveis e Sustentáveis".

fornecimento de água potável e de 90% para coleta e tratamento de esgoto, ambas a serem cumpridas até o final de 2033.

Com fulcro na objetivação deste acesso universalizado, a Lei n° 14.026/2020 prevê que a expansão da estrutura hodierna se faz essencial e inerente à adoção de mecanismos mais amplos em seus sistemas de abastecimento hídrico e tratamento sanitário. Desse modo, far-se-ia óbvio um aumento nos investimentos direcionados na área que, atualmente, já se apresentam de forma volumosa: o direcionamento ao setor de saneamento foi de R$ 11,226 bilhões por ano entre 2004 e 2016. Contudo, estima-se que ainda serão necessários R$ 317 bilhões em 20 anos para que a integralidade da população brasileira tenha acesso ao direito aqui tratado e constitucionalmente assegurado.

Destarte, perante estes novos desafios de ampliação sistêmica, surge o delicado tema da manutenção da modicidade tarifária, cuja função principiológica deve ser adequada de forma não contraposta à prestação regionalizada e à democratização sanitária, pontualmente mais precária em regiões de menor desenvolvimento socioeconômico e, por consequência, de diminuta capacidade financeira para arcar com tais custos. Em face desta escolha aparentemente binária, a presente pesquisa busca o ponto de equilíbrio entre a sustentabilidade socioambiental do saneamento básico e a estabilidade econômica de sua disposição tarifária.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

A premissa de estabelecimento da prestação regionalizada dos serviços no Novo Marco Regulatório encontra-se abarcada em consonância com a formação de blocos de referência que abranjam municípios de múltiplas realidades orçamentárias, com fulcro no ganho de escala e na saúde econômica do sistema. Contudo, a realidade financeira no âmbito aqui tratado é instável e, por vezes, deficitária até mesmo nas áreas com maior capacidade econômica do país: a Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo - Sabesp - registrou queda de 65% em seu lucro líquido no terceiro trimestre de 2020 quando comparado ao mesmo período de 2019. Fato este que enseja e a delicadeza do tratamento competente ao tema pela *novatio legis*.

Assim, a partir da problemática supra delineada, entende-se que o equilíbrio do sistema recairia sobre mecanismos alternativos para a adoção

de subsídios tarifários, ou não tarifários, de forma que os seus usuários hipossuficientes adquiram capacidade de adimplemento satisfatória para a cobertura dos respectivos custos inerentes.

Em suma, o presente estudo tem como foco uma abordagem teórica quanto à possível ampliação do instituto da tarifa social nas novas políticas de saneamento básico, de forma que se coadune as funções principiológicas da universalização e da modicidade das tarifas.

METODOLOGIA

Realizou-se estudo bibliográfico em artigos, levantamentos censitários, doutrinas e legislação aplicável, de modo que se pudesse apreciar o atual momento vivenciado pela tarifa social e sua possível aplicabilidade ampliada no âmbito do saneamento básico, bem como sua recepção pelo Novo Marco Regulatório na área. Dessa forma, buscou-se compreender a legalidade que circunda o instituto e as condições de sua efetivação ampla em uma rede integrada que objetiva a universalização de acesso.

Por fim, a abordagem aqui metodologicamente descrita seguiu o método dedutivo aplicado aos dados e bibliografia levantados, possuindo natureza descritiva e exploratória para a conceituação e análise qualitativa dos temas.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Como já demonstrado, o conceito de concretização da universalização no saneamento básico é critério essencial a toda e qualquer política pública de desenvolvimento nacional. Contudo, a promulgação de seu novo marco regulatório resguarda relevantes desafios à conciliação entre sua expansão sistêmica e a manutenção da modicidade tarifária.

O obstáculo maior deste intento legislativo, quando pensado no escopo maior do país, encontra-se no fato de as zonas com menor capacidade econômica serem, em regra, aquelas com maior necessidade de investimento estrutural na área, uma vez que se encontram em áreas de extrema defasagem operacional e, principalmente, de difícil acesso aos recursos hídricos disponíveis.

Assim, a mencionada Lei n° 14.026/2020 prevê mecanismos de amenização dos efeitos financeiros na ampliação dos serviços, dentre os quais, destacam-se: a prestação regionalizada dos serviços com a cooperação federativa entre os entes e a adoção de subsídios que contribuam para a universalização do acesso aos serviços.

O primeiro instituto é de inegável destaque para a ideia de viabilidade dos valores cobrados, visto que a prestação regionalizada é inerente ao ganho de escala e ao compartilhamento de estruturas que possibilitem a unidade tarifária dos entes que integrem regiões metropolitanas, aglomerações urbanas, microrregiões ou blocos de referência.

Contudo, como já citado, o equilíbrio econômico da área se demonstra, por vezes, deficitário até mesmo em grandes polos financeiros do país, mesmo com que a prestação se dê de forma individual a municípios de imensa disponibilidade de capital, vide o mencionado caso supra exemplificado de São Paulo capital. Destarte, a cooperação regionalizada, ainda que essencial, possui capacidade limitada no auxílio à tarifa, de tal forma que sua execução se apresenta insustentável quando praticada de forma única. Nesse panorama, surge de modo proeminente a figura da tarifa social, prevista pelo Novo Marco Regulatório em múltiplos momentos de seu escopo normativo, visando, por meio da cobrança subsidiada, a ampliação do acesso de pessoas socioeconomicamente vulneráveis aos serviços.

Dado benefício é amplamente aplicado ao fornecimento de energia e luz no Brasil, mas, ainda que previsto na popularmente conhecida Lei do Saneamento Básico – 11.445/2007 – a tarifa social ainda tem impacto mínimo: em estudo de 2018, a ABAR - Associação Brasileira de Agências de Regulação – constatou que apenas 20% da população da baixa renda com acesso à água tratada e rede de esgoto no Brasil se beneficia do subsídio.

Por conseguinte, mesmo possuindo papel de maior relevância e incentivo perante a *novatio legis*, dado subsídio ainda se apresenta com natureza opcional às prestadoras de serviços sanitários, sem que haja de fato uma obrigação de seu implemento como cláusula contratual, circunstância que possui inegável teor destoante da fundamentação principiológica e normativa da universalização do sistema.

CONCLUSÕES

Faz-se elementar que o intuito de manutenção da modicidade tarifária em face da universalização do saneamento básico brasileiro representa um dos grandes desafios do Novo Marco Regulatório na área. Dessa forma, o emprego da prestação regionalizada dos serviços é essencial para a criação de ganhos de escala e para a viabilidade econômico-financeira do cumprimento das metas legalmente estabelecidas. Entretanto, em razão da presente realidade financeira dos municípios, essa espécie de abrangimento ainda resguarda ineficiência para a atração da iniciativa privada e para o equilíbrio na cobrança das tarifas em questão.

Considerando que a Lei n° 14.026/2020 respalda com destaque o subsídio tarifário nos contratos a serem celebrados sob seu escopo e delega à Agência Nacional de Águas – ANA – competência para estabelecer normas de referência sobre o tema, compreende-se que o caráter facultativo da adoção de tarifa social pelos titulares do saneamento se apresenta de forma contraditória com a modicidade da universalização.

O panorama se faz claro: descartar o subsídio aos usuários hipossuficientes significa inviabilizar a expansão do sistema. Para tanto, ao se editar as normas de referência para a tarifa social, a ANA deve admitir o papel fundamental e indesatável do instituto no cumprimento das metas de universalização, garantindo sua obrigatoriedade nos futuros contratos para que, assim, se envolva o poder público como ente ativo da concretização principiológica da nova lei.

REFERÊNCIAS

Associação Brasileira de Agências de Regulação - ABAR. **Tarifa Social Nas Companhias Estaduais De Saneamento Básico – 2018.** Brasília. Disponível em: https://abar.org.br/biblioteca/#. Acesso em: 01 mar. 2021.

BRASIL**. Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020.** Atualiza o marco legal do saneamento básico e altera a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, para atribuir à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) competência para editar normas de referência sobre o serviço de saneamento [...]. Diário Oficial da União, Brasília, DF.

Data de publicação: 16 jul. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l14026.htm. Acesso em: 15 fev. 2021.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. Secretaria Nacional de Saneamento – SNS. Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento**: 25º Diagnóstico dos Serviços de Água e Esgotos** – 2019. Brasília: SNS/MDR, 2020.

OLIVEIRA, Carlos Alberto de; GRANZIERA, Maria Luiza Machado et al. **Novo marco do saneamento básico no Brasil**. Indaiatuba: Editora Foco, 2021.

OLIVEIRA, Fernão Justen de. **Gestão associada e prestação regionalizada na nova Lei Nacional de Saneamento Básico**. Disponível em: https://justen.com.br/pdfs/IE162/Fernao-SaneamentoGestaoAssociada2. Acesso em: 15 fev. 2021.

ASPECTOS E MODELOS JURÍDICOS APLICADOS À GESTÃO DE PARQUES URBANOS: ESTUDO DE CASO DO PARQUE NATURAL MUNICIPAL DE REDENÇÃO-PA

Aristóteles Alves do Nascimento [106]

INTRODUÇÃO

Os parques naturais e urbanos, são áreas verdes e de lazer que constituem importantes elementos do planejamento urbano. Há evidências de que a existência dessas áreas pode influenciar positivamente em diversos aspectos da vida dos habitantes de determinado lugar (FGV, 2016).

Na esfera jurídica nacional, a presença de parques nos centros urbanos constitui instrumento fundamental para a democratização do acesso ao lazer, direito social assegurado pela Constituição Federal de 1988 em seu art. 6°, sendo também, constituído como instrumento fundamental de promoção do direito à cidade, delineado pelos artigos 182 e 183, que dispõem sobre a Política Urbana, e pelo Estatuto da Cidade (Lei n° 10.257/2001).

Sabe-se que, se bem geridos, os parques naturais e urbanos constituem fatores capazes de produzir relevantes externalidades positivas à sociedade, no entanto, se abandonados, podem se tornar espaços violentos e

106 Graduando em Direito pela Faculdade Integrada Carajás, Redenção, Estado do Pará.

levar à degradação da ambiência local. Daí surge a necessidade de avaliar, de que maneira, os aspectos e os modelos jurídicos aplicados à gestão de parques urbanos podem contribuir para subsidiar na avaliação das diferentes possibilidades de gestão e financiamento da manutenção dos parques no longo prazo?

Para tanto, há necessidade de se avaliar a aplicação dos instrumentos e modelos jurídicos possíveis de interação entre poder público e iniciativa privada, assim como as possibilidades e especificidades existentes na sua aplicação à gestão de parques naturais e urbanos, os quais podem contribuir para a implementação de modelos exitosos de gestão e financiamento.

1. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Do ponto de vista ecológico, o parque urbano traz melhorias à população e ao meio ambiente, entre elas, o conforto térmico, a redução de ruídos, da poluição, e do stress, por meio do contato com a natureza (DOMINGUES, 2016).

Na esfera jurídica nacional, a presença de parques nos centros urbanos constitui instrumento fundamental de promoção do direito à cidade e para a democratização do acesso ao lazer, direito social assegurado pela Constituição Federal de 1988 em seu art. 6°.

Domingues (2016) descreve que no Brasil, a Fundação Aron Birmann, caracterizada como uma Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) e também uma entidade sem fins lucrativos, e órgão responsável pela administração do Parque Burle Marx, por meio de um convênio firmado com a prefeitura do município de São Paulo (SP), via modelo de parceria público-privado (PPP), desenvolveu como iniciativa inovadora na gestão de parques urbanos o Índice de Qualidade para Parques Urbanos, sendo este que, instrumento, permite que sejam medidos níveis de qualidade de parques urbanos frente a indicadores tais como custeio anual de parques urbanos por área total por metros quadrados.

Acredita-se que os distintos aspectos e modelos jurídicos possíveis de interação entre poder público e iniciativa privada, assim como das possibilidades e especificidades existentes na sua aplicação à gestão de parques urbanos, podem contribuir para a implementação de modelos exitosos de gestão e financiamento dos parques urbanos em longo prazo (DOMINGUES, 2016).

A concessão de uso de bem público é o modelo mais tradicional de exploração privativa de espaços públicos pela iniciativa privada. A concessão de uso de bem público é aplicável, em princípio, quando a receita pretendida pelo investidor privado superar o custo da manutenção e operação do bem público (SAMPAIO, 2016).

Sampaio (2016) apresenta outro modelo jurídico de gestão de parques urbanos, que é a concessão de serviço público, o qual em um contexto atual o objetivo principal da concessão seja conservar o parque público para a coletividade, ou seja, operá-lo e mantê-lo mediante o provimento de serviços diversos como jardinagem, segurança, sinalização, recuperação e manutenção de mobiliário urbano, manutenção de espelhos d'água (por exemplo, lagos), pode-se sustentar que, em realidade, se está diante da delegação do uso do bem público para a finalidade de provimento de serviço de lazer que, nos termos da Constituição Federal, é atribuição do poder público e da sociedade.

2. METODOLOGIA

Este estudo é de caráter qualitativo, explicativo e dedutivo a partir de uma revisão bibliográfica, no qual aborda os aspectos e modelos jurídicos aplicados à gestão de parques urbanos, de forma a subsidiar na avaliação das diferentes possibilidades de gestão e financiamento da manutenção do Parque Natural Municipal de Redenção/PA – PNMR.

A pesquisa possui método dedutivo com o intuito de explicar o conteúdo das premissas, com modo de abordagem qualitativa. Essa abordagem pretende apresentar os modelos e instrumentos jurídicos aplicados na gestão de parques urbanos e naturais com enfoque de sua efetivação no PNMR. O trabalho foi realizado por meio de pesquisa com fonte de busca eletrônica em bancos de dados virtuais, e entrevista semiestruturada com alguns atores sociais. Em seguimento, foi sistematizada por meio de análise de dados secundários, e revisão integrada de literatura.

3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

O PNMR foi criado através da lei municipal e possui uma área total de 16,50 hectares. Tem como objetivo principal a preservação de ecossis-

temas naturais de relevância ecológica e beleza cênica para a região, possibilitando a realização de pesquisas científicas e o desenvolvimento de atividades de educação e interpretação ambiental, além de recreação em contato com a natureza e de turismo ecológico.

Segundo os dados do Departamento Municipal de Desenvolvimento Florestal e da Biodiversidade – DMF/Bio (2020), órgão público que administra o parque natural, em que por ocasião da implantação estrutural do Parque e por meio do estudo ambiental capitaneado pelo engenheiro ambiental Aristóteles Alves, em linhas gerais, definiu quatro zonas de gestão e uso a serem implantadas no parque natural, prevendo basicamente, a criação da vila ambiental, centro municipal de pesquisa e desenvolvimento da biodiversidade, região do lago destinada à recreação e lazer, e por fim, região do horto florestal, a fim de produzir sementes e mudas nativas para serem utilizadas na recomposição florestal e recuperação de áreas degradadas.

Ainda, segundo o DMF/Bio (2020), para garantir a manutenção das instalações implantadas das etapas construtivas iniciais, bem como a continuidade dos investimentos a curto, médio e longo prazos nos moldes da legislação vigente e do plano de manejo do parque, foram previstos em lei municipal alguns mecanismos de gestão e custeio, por meio de gestão compartilhada, parcerias, convênios, cooperação técnico-financeira e concessões de espações e uso de bens públicos presentes no parque natural, que atualmente é mantido pelo fundo municipal de meio ambiente de Redenção.

Em 2020, ano desta pesquisa, a Secretaria Municipal de Meio Ambiente informou que pretende fazer uso de instrumentos jurídicos já disponíveis e regulamentados em lei municipal local, a fim de firmar os primeiros convênios de concessões onerosas de uso de espaços públicos e de instalações já existentes no parque natural. Além disso, há previsão de parcerias, a fim de compartilhar a gestão e o desenvolvimento das ações estratégicas definidas para o centro de pesquisa.

CONCLUSÕES

Por meio da presente pesquisa, apresentamos os aspectos e modelos jurídicos aplicados à gestão de parques naturais e urbanos, de forma a sub-

sidiar na avaliação das diferentes possibilidades de gestão e financiamento da manutenção do PNMR no longo prazo.

Acredita-se que foi possível perceber as externalidades positivas geradas à sociedade a partir da criação de parques naturais e urbanos, bem como, o cumprimento efetivo da democratização do acesso ao lazer, direito social assegurado pela Constituição Federal de 1988 em seu art. 6°, além de, como instrumento fundamental de promoção do direito à cidade, delineado pelos artigos 182 e 183, que dispõem sobre a Política Urbana, e pelo Estatuto da Cidade. Evidencia-se, no entanto, que a gestão inadequada pode se transformar em espaços violentos e levar à degradação da ambiência local.

Contudo, a pesquisa permite ressaltar que, como é recente a construção dos dados e do PNMR, há necessidade de análises contínuas durante o processo de consolidação da gestão e do financiamento do parque em curto, médio e longo prazo, observados, dentre outros, os aspectos e modelos jurídicos aplicados em projetos semelhantes, com vistas em subsidiar na tomada de decisão pelos gestores públicos ao avaliarem as diferentes possibilidades aplicadas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal.** 1988 – Brasília. 1988: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 25 mar. 2020.

DOMINGUES, R.P. Instrumentos de gestão de parques urbanos: o caso do Parque Burle Marx. São Paulo. 2016. 175 p. Especialização, Escola Politécnica, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS; INSTITUTO SEMEIA. **A Perspectiva dos Gestores – Diagnóstico do uso público em parques brasileiros.** Disponível em http://semeia.org.br/index.php/pt/nossosconteudos/newsletter/item/705-modelos-de-gest%C3%A3o-aplic%C3%A1veis-%C3%A0s-unidades-de-conserva%C3%A7%C3%A3o-do-brasil acesso em: 08 abr. 2020.

REDENÇÃO (Município). Secretaria Municipal de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável. **Relatório de Sustentabilidade**.

Disponível em: https://redencao.pa.gov.br/secretaria/9/Secretaria--Municipal-de-Meio-Ambiente-e-Desenvolvimento-Sustentavel Acesso em: 15 abr. 2020.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro; SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha; MAGALHÃES, Laura. **Questões jurídicas relevantes na gestão de parques urbanos no Brasil:** panorama geral e estudo de caso do Parque do Flamengo, RDA – revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 272, p. 339-379, maio-ago. 2016.

DIREITO PÚBLICO E SOCIEDADE

Adriano da Silva Ribeiro, Aldemir Berwig,
Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral De Souza (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 2021